التكملة الثانية

المجموع

شرح المهذب

الجزء الثالث عشر

الناشر
المكتبة السلفية
المدينة المنورة

بسم الله الرحمن الرحيم

قال المصنف رحمه الله :

باب بيع المرابحة

(من اشترى سلعة جاز له بيعها برأس المال وبأقل منه وبأكثر منه ، لقوله صلى الله عليه وسلم « إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم »

ويجوز أن يبيعها مرابحة ، وهو أن يبين رأس المال وقدر الربح بأن يقول : ثمنها مائة ، وقد بعتكها برأس مالها وربح درهم فى كل عشرة ، لما روى عن ابن مسعود رضى الله عنه أنه كان لا يرى بأساً بده يازده وده دوازده [1] ولأنه ثمن معلوم فجاز البيع به ، كما لو قال : بعتك بمائة وعشرة ويجوز أن يبيعها مواضعة بأن يقول : رأس مالها مائة ؛ وقد بعتك برأس مالها ووضع درهم [2] من كل عشرة لأنه ثمن معلوم فجاز البيع به ، كما لو قال : بعتك بمائة إلا عشرة ، ويجوز أن يبيع بعضه مرابحة ، فان كان مما لا تختلف أجزاؤه كالطعام والعبد الواحد قسم الثمن على أجزائه وباع ما يريد بيعه منه بحصته ، وإن كان مما يختلف كالثوبين والعبدين قومهما وقسم الثمن عليهما على قدر قيمتهما ثم باع ما شاء منهما بحصته من الثمن ، لأن الثمن ينقسم على المبيعين على قدر قيمتهما ، ولهذا لو اشترى سيفاً وشقصاً بألف قسم الثمن عليهما على قدر قيمتهما ، ثم أخذ الشفيع الشقص بما يخصه من الثمن على قدر قيمته .

---

(١) قوله « لا يرى بأساً بده يازده وده دوازده » ده عشرة بالفارسية ، ويازده أحد عشر ودوازده اثنا عشر ، أى لا يرى بأسا أن يبيع ما اشتراه بعشرة بأحد عشر أو باثنى عشر (٢) قوله « ووضع درهم » أى حط درهم . يقال وضع له فى البيع من الثمن أى حط عنه

الحمد لله ، والصلاة والسلام على رسول الله ، وآله وصحبه ومن والاه ، وبعد فيقول محمد نجيب المطيعي عفا الله عنه بهذا القيل :

(الشرح) الحديث أخرجه أحمد ومسلم والنسائي وابن ماجه من حديث عبادة ابن الصامت بلفظ « الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل سواء بسواء يداً بيد ، فاذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم ، إذا كان يدا بيد »

ورواه أبو داود بنحوه وفي آخره « وأمرنا أن نبيع البر بالشعير والشعير بالبر يدا بيد كيف شئنا »

وحديث عبد الله بن مسعود سبق تخريجه ، وابن مسعود هو سادس من أسلم روى له عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ٨٤٠ حديثا اتفق الشيخان على ٦٤ منها وانفرد البخاري بـ ٢٠ ومسلم بـ ٣٥ وكان يشبه النبي صلى الله عليه وسلم في سمته وهديه ، ولي القضاء بالكوفة وبيت مالها في خلافة عمر وصدرا من خلافة عثمان

أما أحكام الفصل فإن المرابحة بصورتها المعروفة جائزة بالاتفاق. ولكن كره ذلك ابن عباس وابن عمر ، ولم يجوزها اسحاق بن راهويه ، واتفقوا على أنه إذا اشترى بثمن مؤجل لم يجز بمطلق بل يجب البيان . وقال الاوزاعي : يلزم العقد إذا أطلق ويثبت الثمن في ذمته مؤجلا . وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي وأحمد يثبت للمشتري الخيار إذا لم يعلم بالتأجيل ، ووجه هذه المسائل بواعث مختلفة بينهم بين مشدد ومخفف على البائع أو على المشتري بحسب مداركهم

فالشافعي يجيز بيع السلعة برأس مالها أو أقل منه أو أكثر من البائع وغيره قبل نقد الثمن وبعده . وقال أبو حنيفة ومالك وأحمد لا يجوز بيعها من بائعها بأقل من الثمن الذي ابتاعها به قبل نقد الثمن في المبيع الأول ، ويجوز أن يبيع ما اشتراه مرابحة بالاتفاق ، وهو أن يبين رأس المال وقدر الربح

قال في مجمع الابحر « المرابحة بيع ما شراه بما شراه به وزيادة ، والتولية بيعه بلا زيادة ولا نقص ، والوضيعة بيعه بأنقص منه »

قلت ويجوز أن يضيف الى الثمن الاول نفقات الصناعة والطراز والنقل مع بيانها وإيضاحها لمن يبتاعها

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يخبر إلا بالثمن الذى لزم به البيع ، فإن اشترى بثمن ثم حط البائع عنه بعضه ، أو ألحق به زيادة ، نظرت فإن كان بعد لزوم العقد لم يلحق ذلك بالعقد ، ولم يحط فى بيع المرابحة ما حط عنه ، ولا يخبر بالزيادة فيما زاد ، لأن البيع استقر بالثمن الأول ، فالحط والزيادة تبرع لا يقابله عوض فلم يتغير به الثمن ، وإن كان ذلك فى مدة الخيار لحق بالعقد وجعل الثمن ما تقرر بعد الحط والزيادة . وقال أبو على الطبرى : إن قلنا إن المبيع ينتقل بنفس العقد لم يلحق به لأن المبيع قد ملكه بالثمن الأول فلم يتغير بما بعده ، والمذهب الأول لأنه وإن كان قد انتقل المبيع إلا أن البيع لم يستقر ، فجاز أن يتغير الثمن بما يلحق به . وإن اشترى ثوباً بعشرة وقصره بدرهم ورفاه بدرهم وطرزه بدرهم ، قال هو علىّ بثلاثة عشر ، أو قام علىّ بثلاثة عشر وما أشبه ذلك ، ولا يقول اشتريت بثلاثة عشر ، ولا يقول ثمنه ثلاثة عشر ، لأن ذلك كذب

وإن قال رأس مالى ثلاثة عشر ففيه وجهان . أحدهما ، لا يجوز أن يقول لأن رأس المال هو الثمن ، والثمن عشرة . والثانى ، يجوز لأن رأس المال ماوزن فيه ، وقد وزن فيه ثلاثة عشر ، وإن عمل فيه ذلك بيده قال : اشتريته بعشرة ، وعملت فيه مايساوى ثلاثة . ولا يقول هو علىّ بثلاثة عشر ، لأن عمله لنفسه لا أجرة له . ولا يتقوم عليه

وإن اشترى عينا بمائة ووجد بها عيبا وحدث عنده عيب آخر فرجع بالارش وهو عشرة دراهم . قال هى علىّ بتسعين أو تقوم على بتسعين ، ولا يجوز أن يقول الثمن مائة ، لأن الرجوع بالأرش استرجاع جزء من الثمن ، فخرج عن أن يكون الثمن مائة ، ولا يقول اشتريتها بتسعين ، لأنه كذب ، وإن كان المبيع عبداً فجنى ففداه بأرش الجناية لم يضف ما فداه به إلى الثمن ، لأن الفداء جعل لاستبقاء الملك فلم يضف إلى الثمن كعلف البهيمة ، وإن جنى عليه فأخذ الارش ففيه وجهان :

(أحدهما) انه لا يحط من الثمن قدر الارش ، لأنه كما لا يضيف مافدى به

الجناية الى الثمن لايحط ما أخذ عن أرش الجناية عن الثمن (والثانى) أنه يحط لأنه عوض عن جزء تناوله البيع فحط من الثمن كأرش العيب

وإن حدثت من العين فوائد فى ملكه كالولد واللبن والثمرة لم يحط ذلك من الثمن لأن العقد لم يتناوله ، وان أخذ ثمرة كانت موجودة عند العقد أو لبنا كان موجوداً حال العقد حط من الثمن ، لأن العقد تناوله وقابله قسط من الثمن ، فأسقط ما قابله ، وان أخذ ولداً كان موجوداً حال العقد ، فإن قلنا ان الحمل له حكم فهو كاللبن والثمرة ، وان قلنا لا حكم له لم يحط من الثمن شيئا ، وان ابتاع بثمن مؤجل لم يخبر بثمن مطلق ، لأن الأجل يأخذ جزءاً من الثمن ، فإن باعه مرابحة ولم يخبره بالأجل ثم علم المشترى بذلك ثبت له الخيار لأنه دلس عليه بما يأخذ جزءاً من الثمن . فثبت له الخيار ، كما لو باعه شيئا وبه عيب ولم يعلمه بعيبه .

وإن اشترى شيئا بعشرة وباعه بخمسة ، ثم اشتراه بعشرة أخبر بعشرة ولا يضم ما خسر فيه الى الثمن ؛ فإن اشترى بعشرة وباع بخمسة عشر ، ثم اشتراه بعشرة أخبر بعشرة ، ولا يحط ماربح من الثمن ، لأن الثمن ما ابتاع به فى العقد الذى هو مالك به ، وذلك عشرة ، وإن اشترى بعشرة ثم واطأ غلامه فباع منه ثم اشتراه منه بعشرين ليخبر بما اشتراه من الغلام كره ما فعله ، لأنه لو صرح بذلك فى العقد فسد العقد ، فاذا قصده كره ، فان أخبر بالعشرين فى بيع المرابحة جاز لأن بيعه من الغلام كبيعه من الاجنبى فى الصحة فجاز أن يخبر بما اشترى به منه ، فان علم بذلك المشترى لم يثبت له الخيار ، لأن شراءه بعشرين صحيح

(الشرح) قوله « لأن ذلك كذب » هـذا جرياً على قاعدة « تبايعا وقولوا لا خلابة » وحديث ابن مسعود « لا تحل الخلابة لمسلم » وعلى هذا يقول أبو حنيفة : لا يقول شريته بكذا ، وانما يقول قام على بكذا .

وقال فى مجمع الأنهر « ولا يضم نفقته ولا أجر الراعى أو الحارس أو بيت الحفظ فان ظهر المشترى خيانة فى المرابحة خُيّر فى أخذه بكل ثمنه ، وعند أبى يوسف يحط من الثمن قدر الخيانة مع حصتها من الربح وعند محمد يخير . اه

وقد عنى شيخ الإسلام ابن تيمية فى فتاواه الكبرى بهذا النوع من الخديعة فأبطل العقد وحمل على مجيزيه بالرأى والقياس

وفى الترغيب فى الصدق عن أبى سعيد عن النبى صلى الله عليه وسلم قال «التاجر الصدوق الأمين مع النبيين والصديقين والشهداء» رواه الدارمى وقال: لا علم لى به أن الحسن سمع من أبى سعيد . وقال أبو حمزة : هـذا هو صاحب ابراهيم بن ميمون الأعور . ورواه الحاكم والترمذى وحسنه . وفى هذا الحديث بحث طويل سنعرض له فى كنز العمال إن شاء الله تعالى

قوله «ولا يضم ماخسر فيه إلى الثمن» كذا هو مقرر فى المذهب أنه لا يرابح إلا على الثمن الأخير ، وعند أبى حنيفة تمتنع المرابحة إذا شراه ثانية بأقل مما باعه أولا ، وعند الصاحبين محمد وأبى يوسف موافقة المصنف من جواز المرابحة على الثمن الأخير .

(فائدة)

إذا اشترى مديون مأذون بعشرة وباعه من سيده بخمسة عشر أو بالعكس ، فإنه يرابح على عشرة ، لأن العقد بينهما وإن كان صحيحا ولكن له شبهة العدم ، لأن العبد ملكه ، وما فى يده لا يخلو عن حقه ، فصار كأنه اشتراه للمولى بعشرة فيعتبر هذا لاغير . وقولنا «مديون» فمن باب أولى أن يرابحه مع عدم الدين لوجود ملك المولى فيه بالإجماع ، والمكاتب كالعبد المأذون له .

أما المضارب بالنصف لو شرى بعشرة وباع من رب المال بخمسة عشر يرابح رب المال اثنى عشر ونصف ، ويرابح بلا بيان لو اعورت المبيعة أو وطئت وهى ثيب ، أو أصـاب الثوب قرض فارة أو حرق نار ، فلا يجب عليه البيان عند أبى حنيفة . أى لا يجب أن يقول إنى شريتها سليمة بكذا فأعورت فى يدى ، أو أصاب الثوب قرض فارة مثلا ، لأن جميع ما يقابله الثمن قائم ، لأن الفائت وصف فلا يقابله شىء من الثمن إذا فات بلا صنع أحد . هـذا فيما يتعلق ببيـان الثمن قبل العيب . أما العيب نفسه فيجب بيانه بالكتاب والسنة والاجماع لحديث العداء بن خالد الذى رواه الجماعة ، كتب لى رسول الله صلى الله عليه وسلم

« هذا ما باع محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم العداء بن خالد بيع المسلم المسلم لا داء ولا خبثة ولا غائلة » .

فيجب بيان العيب بغير أن يبين أنه اشتراه سليما بكذا من الثمن ثم أصابه العيب ، وهذا كله فيما إذا كان العيب يسيراً . أما إذا كان العيب كبيراً كبراً يتغابن الناس فيه فإنه لا يجوز بيعه مرابحة .

أما إذا وطئت وهى بكر أو تكسر الثوب من طيه ونشره لزم البيان ، وإن اشترى بنسيئة ورابح بلا بيان خيّر المشترى ، فان أتلفه ثم علمه لزم كل ثمنه ، وكذا التولية . وهو أن يقول : ولنى ما اشتريته بالثمن ، فقال وليتك ، صح إذا كان الثمن معلوماً لهما فإن جهله أحدهما لم يصح

(فائدة) لو اشترى ثوبين صفقة كلا بخمسة لا يجوز بيع أحدهما مرابحة بخمسة بلا بيان ، لأنه لو كان واحداً جاز بيع نصفه مرابحة اتفاقا، ولو باع بالزائد على الخمسة لا يجوز .

ولا يصح بيع المنقول قبل قبضه ، ويصح فى العقار ، خلافا لمحمد بن الحسن من أصحاب ابى حنيفة .

ومن اشترى كيليا لا يجوز له بيعه ولا أكله حتى يكيله ، ويكفى كيل البائع بعد العقد بحضرة المشترى لا فى غيبته ، ومثل ذلك الوزنى والعددى لا المذروع ولا المقيس بالامتار أو الياردة ، فقد مر فى كلام السبكى رحمه الله فى عدم وجوب ذلك فى الاثواب المنضدة المختومة لما يترتب على قياسها من تكسير وإتلاف ويتعلق الاستحقاق بكل ذلك فيرابح ويولى على كل ذلك إن زيد ، وعلى مابقى إن حطّ .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) إذا قال رأس المال مائة وقد بعتكه برأس المال وربح درهم فى كل عشرة أو بربح ده يازده ، فالثمن مائة وعشرة ، وان قال بعتك برأس المال ووضع ده يازده ، فالثمن أحد وتسعون درهماً إلا جزءا من أحد عشر جزءا من درهم لأن معناه بعتك بمائة على أن أضع درهماً من كل أحد عشر درهماً ، فسقط من تسعة وتسعين درهماً تسعة دراهم ، لأنها تسع مرات أحد عشر ويبقى من رأس

المال درهم فيسقط منه جزء من أحد عشر جزءاً ، فيكون الباقى أحداً وتسعين درهما إلا جزءا من أحد عشر جزءا من درهم .

وإن قال بعتك على وضع درهم من كل عشرة فنى الثمن وجهان ، أحدهما ، أن الثمن أحد وتسعون درهما إلا جزءا من أحد عشر جزءا من درهم ، وهو قول الشيخ أبى حامد الاسفراينى رحمه الله ، والثانى ، أن الثمن تسعون درهما ، وهو قول شيخنا القاضى أبى الطيب الطبرى ، وهو الصحيح ، لأن المائة عشر مرات عشرة ، فإذا وضع من كل عشرة درهما بقى تسعون

(الشرح) هذه الصور التى عرض لها المصنف تناولنا حكمها فى الفائدة السابق ذكرها .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) إذا أخبر أن رأس المال مائة وباع على ربح درهم فى كل عشرة ثم قال : أخطأت أو قامت البينة أن الثمن كان تسعين فالبيع صحيح . وحكى القاضى أبو حامد وجهاً آخر أن البيع باطل . لأنه بان أن الثمن كان تسعين وأن ربحها تسعة ، وهذا كان مجهولا حال العقد ، فكان العقد باطلا ، والمذهب الأول ، لأن البيع عقد على ثمن معلوم ، وانما سقط بعضه بالتدليس ، وسقوط بعض الثمن لا يفسد البيع كسقوط بعض الثمن بالرجوع بأرش العيب . وأما الثمن الذى يأخذه به ففيه قولان :

(أحدهما) أنه مائة وعشرة ، لأن المسمى فى العقد مائة وعشرة ، فإذا بان تدليس من جهة البائع لم يسقط من الثمن شىء ، كما لو باعه شيئا بثمن فوجد به عيبا .

(والثانى) أن الثمن تسعة وتسعون ، وهو الصحيح ، لأنه نقل ملك يعتبر فيه الثمن الأول ، فإذا أخبر بزيادة وجب حط الزيادة كالشفعة والتولية ، ويخالف العيب ، فإن هناك الثمن هو المسمى فى العقد ، وههنا الثمن هو رأس المال وقدر الربح ، وقد بان أن رأس المال تسعون والربح تسعة

فإن قلنا ان الثمن مائة وعشرة فهو بالخيار بين أن يمسك المبيع بالثمن وبين أن يفسخ ، لأنه دخل على أن يأخذ المبيع برأس المال . وهذا أكثر من رأس فثبت له الخيار .

وان قلنا ان الثمن تسعة وتسعون فهل يثبت له الخيار ؟ اختلف أصحابنا فيه فنهم من قال فيه قولان (أحدهما) أن له الخيار ، لأنه ان كان قد أخطأ فى الخبر الاول لم يأمن أن يكون قد أخطأ فى الثانى ، وأن الثمن غيره ، وان كان قد خان فى الاول فلا يأمن أن يكون قد خان فى الثانى ، فثبت له الخيار (والقول الثانى) وهو الصحيح أنه لا خيار له ، لأن الخيار انما يثبت لنقص وضرر ، وهذا زيادة ونفع ، لأنه دخل على أن الثمن مائة وعشرة وقد رجع الى تسعة وتسعين ، فلا وجه للخيار .

ومنهم من قال : ان ثبتت الخيانة بإقرار البائع لزم المشترى تسعة وتسعون ولا خيار له ، وان ثبتت بالبينة فهل له الخيار أم لا؟ فيه قولان ، لأنه اذا ثبتت بالإقرار دل على أمانته ، فلم يتهم فى خيانة أخرى . واذا ثبتت بالبينة كان متهما فى خيانة أخرى فثبت له الخيار .

قال أصحابنا : القولان اذا كانت العين باقية ، فأما اذا تلفت العين فانه يلزم البيع بتسعة وتسعين قولا واحدا ، لأنا لو جوزنا له فسخ البيع مع تلف العين رفعنا الضرر عنه وألحقناه بالبائع ، والضرر لا يزال بالضرر ، ولهذا لو هلك المبيع عنده ثم علم به عيبا لم يملك الفسخ ، فإن قلنا لا خيار له ، أو قلنا له الخيار فاختار البيع فهل يثبت للبائع الخيار ؟ فيه وجهان (أحدهما) يثبت له الخيار ؛ لأنه لم يرض الا بالثمن المسمى وهو مائة وعشرة ، ولم يسلم له ذلك

(والثانى) لا خيار له لأنه رضى برأس المال وربحه وقد حصل له ذلك

(الشرح) قوله « فالبيع صحيح » هذا قول عند الاصحاب أو وجه ، وعند الحنابلة كراهة بعض ما مر جوازه عند الشافعية وأصحاب أبى حنيفة . قال ابن قدامة فى المغنى : وان قال بعتك برأس مالى فيه ، وهو مائة ، وأربح فى كل عشرة درهما . أو قال : ده يازده أوده دوازده فقد كرهه أحمد ، وقد رويت كراهته

عن ابن عمر وابن عباس ومسروق والحسن وعكرمة وسعيد بن جبير وعطاء بن يسار . وقال إسحاق : لا يجوز لأن الثمن مجهول حال العقد فلم يجز ، كما لو باعه بما يخرج به فى الحساب . قال ورخص فيه سعيد بن المسيب وابن سيرين وشريح والنخعى والثورى والشافعى وأصحاب الرأى وابن المنذر. ولأن رأس المال معلوم فأشبه ما لو قال وربح عشرة دراهم . ووجه الكراهة أن ابن عمر وابن عباس كرهاه ولم نعلم لهما فى الصحابة مخالفاً ، ولأن فيه نوعا من الجهالة . والتحرز عنها أولى . وهذه كراهة تنزيه والعقد صحيح ، والجهالة يمكن إزالتها بالحساب : كما لو باعه صبرة كل قفيز بدرهم . وأماما يخرج به فى الحساب فمجهول فى الجملة والتفصيل

إذا ثبت هذا فنقول : متى باع شيئا برأس ماله وربح عشرة ثم علم بتنبيه أو إقرار أن رأس ماله تسعون فالبيع صحيح ، لأنه زيادة فى الثمن ، فلم يمنع صحة العقد كالعيب وللمشترى الرجوع على البائع بما زاد فى رأس المال وهو عشرة وحطها من الربح وهو درهم فيبقى على المشترى بتسعة وتسعين درهما ، وبهذا قال الشافعى فى الجديد ، وبه قال الثورى وابن أبى ليلى

وقال أبو حنيفة : هو مخير بين الأخذ بكل الثمن أو يترك قياسا على المعيب

وحكى الشافعى فى أحد قوليه أنه اذا باعه برأس ماله وما قدره من الربح ، فإذا بان رأس ماله قدراً كان مبيعا به ، وبالزيادة التى اتفقا عليها ؛ والمعيب كذلك عند الحنابلة فإن له أخذ الارش ، ثم المعيب لم يرض به الا بالثمن المذكور ، وههنا رضى فيه برأس المال والربح المقرر .

وهل للمشترى خيار ؟ فعند الشافعى فى أحد قوليه نعم لأن المشترى لا يأمن الخيانة فى هذا الثمن أيضا ، ولأنه ربما كان له غرض فى الشراء بذلك الثمن بعينه لكونه حالفاً أو وكيلا أو غير ذلك . والمنصوص عن أحمد أن المشترى مخير بين أخذ المبيع برأس ماله وحصته من الربح ، وبين تركه قولا واحدا . نقله حنبل

قال فى المغنى :

وظاهر كلام الخرقى أنه لا خيار له (قلت) وهو مخالف للإمام كما نقله حنبل والقول الآخر عند الشافعية لا ؛ لأنه رضيه بمائة وعشرة فإذا حصل له بتسعة

وتسعين فقد زاده خيرا ، فلم يكن له خيار ، كما لو اشتراه على أنه معيب فبان صحيحا ، أو أمي فبان صانعاً ، أو كاتبا ، أو وكل فى شراء معين بمائة فاشتراه بتسعين . وأما البائع فلا خيار له ، لأنه باعه برأس ماله وحصته من الربح وقد حصل له ذلك .

وإذا اشترى سلعة وأراد بيعها لحط له بائعها من ثمنها بعد لزوم العقد أخبر بثمنها قبل أن يحط البائع منها . قال الشافعية وأصحاب أحمد وأبي حنيفة : له أن يخبر بالثمن الاول لا غير ، ولأن ذلك هبة من أحدهما للآخر لا يكون عوضاً وقال أبو حنيفة : يلحق بالعقد ويخبر به فى المرابحة

أما إذا كان هذا الحط فى مدة الخيار وقبل لزوم العقد وجب الإخبار به فى المرابحة باتفاق . وفى تغيير السلعة بنقص ، كأن تتغير بتلف بعضها أو بولادة أو عيب أو أخذ البائع بعضها كالصوف واللبن الموجود ونحو ذلك فإنه يخبر بالحال على وجهه ، وإن أخذ أرش العيب أو الجناية أخبر بذلك على وجهه .

وقال أبو الخطاب من الحنابلة يحط أرش العيب من الثمن ويخبر بالباقى ، لأن أرش العيب عوض ما فات به ، فكان ثمن الموجود هو ما بقى . وفى أرش الجناية وأرش العيب ، قال الشافعى يحطهما من الثمن ويقول تقوم على بكذا ، لأنه صادق فيما أخبر به ، فأشبه ما لو أخبر بالحال على وجهه

فأما ان جنى المبيع ففداه المشترى لم يلحق ذلك بالثمن ولم يخبر به فى المرابحة لأن هذا الارش لم يزد به المبيع قيمة ، فأشبه الدواء المزيل لمرضه الحادث عند المشترى ، وانما هو مزيل لنقصه بالجناية ، والعيب الحاصل بتعلقها برقبته فأشبه الدواء كما قلنا .

وأما التغير بالزيادة فكالزيادة فى نمائها وسمنها أو تعلم صنعة أو ولادة أو ثمرة مجتناة ، أو كسب عمل يدوى : فهذا إن أراد أن يبيعها مرابحة أخبر بالثمن من غير زيادة لأنه القدر الذى اشتراها به .

وان أخذ النماء المنفصل كالولد أو الثمرة المجتناة أو استخدم الامة أو وطىء الثيب أخبر برأس المال ولم يلزمه تبيين الحال لأن ذلك بمثابة الخدمة . وروى

ابن المنذر عن احمد أنه يلزمه تبيين ذلك كله . وهو قول اسحاق . وقال أصحاب الرأى فى الغلة يأخذها : لا بأس أن يبيع مرابحة ، وفى الولد والثمرة لا يبيع مرابحة حتى يبين ولأنه من موجب العقد .

وعند ابن قدامة من الحنابلة أنه إن كان صادقاً من غير تغرير جاز ، كما لو لم يزد : ولأن الولد والثمرة نماء منفصل فلم يمنع من بيع المرابحة بدون ذكره كالغلة .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن أخبر أن الثمن مائة وربحه عشرة ، ثم قال أخطأت والثمن مائة وعشرة لم يقبل قوله ، لأنه رجوع عن إقرار متعلق به حق آدمى فلم يقبل ، كما لو أقر له بدين . وإن قال : لى بينة على ذلك لم تسمع ، لأنه كذب بالإقرار السابق ببينته فلم تقبل .

فإن قال أحلفوا لى المشترى أنه لا يعلم أن الثمن مائة وعشرة ، ففيه طريقان (أحدهما) أنه إن قال ابتعته بنفسى لم يحلف المشترى لأن إقراره يكذبه ، وإن قال ابتاعه وكيل لى فظننت أنه ابتاع بمائة وقد بان لى أنه ابتاع بمائة وعشرة حلف لأنه الآن لا يكذبه إقراره .

(والثانى) أنه يبنى على القولين فى يمين المدعى مع نكول المدعى عليه ، فإن قلنا إنه كالبينة لم يعرض اليمين ، لأنه إذا نكل حصلنا على بينة ، والبينة لا تسمع . وإن قلنا : انه كالإقرار عرضنا اليمين ، لأنه إذا نكل حصلنا على الإقرار ، وإقراره مقبول

(الشرح) ثم انتقل المصنف رحمه الله الى التغير بالزيادة :

ومن التغير بالزيادة أن يعمل فيها عملا ، كأن يقصرها تجميلا لها أو يرفوها أو يحيكها ، فهذه متى أراد أن يبيعها مرابحة أخبر بالحال على وجهه .

وإن اشترى شيئين صفقة واحدة ثم أراد بيع أحدهما مرابحة ، أو اشترى اثنان شيئا فتقاسماه وأراد أحدهما بيع نصيبه مرابحة بالثمن الذى أداه فيه ،

فذلك قسمان (أحدهما) أن يكون المبيع من المتقومات التى لا ينقسم الثمن عليها بالأجزاء ، كالثياب والحيوان والشجرة المثمرة وأشباه هذا ، فهذا لا يجوز بيع بعضه مرابحة حتى يخبر بالحال على وجهه . هكذا نص عليه أحمد فقال : كل بيع اشتراه جماعة ثم اقتسموه ، لا يبيع أحدهم مرابحة إلا أن يقول : اشتريناه جماعة ثم اقتسمناه . وهذا مذهب الثورى وإسحاق وأصحاب الرأى

قال الشافعى : يجوز بيعه بحصته من الثمن ، لأن الثمن ينقسم على المبيع على قدر قيمته ، بدليل ما لو كان المبيع شقصاً وسيفاً أخذ الشفيع الشقص بحصته من الثمن . ولو اشترى شيئين فوجد أحدهما معيباً رده بحصته من الثمن .

وذكر ابن أبى موسى فيما اشتراه اثنان فتقاسماه رواية أخرى عن أحمد أنه يجوز بيعه مرابحة بما اشتراه لأن ذلك ثمنه فهو صادق فيما أخبر به

قال ابن قدامة : ولنا أن قسمة الثمن على المبيع طريقه الظن والتخمين ، واحتمال الخطأ فيه كثير وبيع المرابحة أمانة فلم يجز هذا فيه ، فصار هذا كالخرص الحاصل بالظن لا يجوز أن يباع به ما يجب التماثل فيه ، وانما أخذ الشفيع بالقيمة للحاجة الداعية اليه .

وكونه لا طريق له سوى التقويم ، ولأنه لو لم يأخذ بالشفعة لاتخذه الناس طريقاً لإسقاطها فيؤدى إلى تفويتها بالكلية ، وههنا له طريق وهو الاخبار بالحال على وجهه أو بيعه مساومة . هكذا ملخصا من السبكى وابن الرفعة وشارح المنهاج من الشافعية وابن قدامة وابن عساكر والخرقى من الحنابلة ومجمع الابحر ومراقى الفلاح من الحنفية ، والبغية والكفاية والشرحين الكبير والصغير من المالكية ، ونيل الأوطار وفتح البارى وشرح القسطلانى على البخارى والفتاوى الكبرى لابن تيمية والمحلى لابن حزم من كتب المحدثين

قال المصنف رحمه الله :

﴿ باب النجش والبيع على بيع أخيه ، وبيع الحاضر للبادى ، وتلقى الركبان والتسعير ، والاحتكار ﴾

ويحرم النجش ، وهو أن يزيد فى الثمن ليغر غيره ، والدليل عليه ما روى

ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن النجش ، ولأنه خديعة و مكر ، فإن اغتر الرجل بمن ينجش فابتاع فالبيع صحيح ، لأن النهي لا يعود الى البيع فلم يمنع صحته ، كالبيع فى حال النداء ، فإن علم المبتاع بذلك نظرت فإن لم يكن للبائع فيه صنع لم يكن للمبتاع الخيار لأنه ليس من جهة البائع تدليس . وإن كان النجش بمواطأة من البائع ففيه قولان .

(أحدهما) أن له الخيار بين الإمساك والرد ، لأنه دلس عليه فثبت له الرد ، كما لو دلس عليه بعيب

(والثانى) لا خيار له ، لأن المشترى فرط فى ترك التأمل وترك التفويض الى من يعرف ثمن المتاع

الشرح : —

هذا الباب يشتمل على الأنواع الآتية :

(النجش) وهو فى اللغة بفتح النون وسكون الجيم بعدها شين معجمة ، وهو تنفير الصيد واستثارته من مكانه ليصاد .

يقال : نجشت الصيد أنجشه ـ من باب نصر ـ وفى الشرع الزيادة فى السلعة ويقع ذلك بمواطأة البائع فيشتركان فى الاثم ، ويقع ذلك بغير علم المشترى ، فيستفيد الناجش ، وقد يختص به البائع ، كمن يخبر بأنه اشترى سلعة بأكثر مما اشتراها به ليغر بذلك غيره .

قال الشافعى : النجش أن يحضر السلعة تباع فيعطى بها الشيء وهو لا يريد شراءها ليقتدى به السُّوَّام ، فيعطون بها أكثر مما كانوا يعطون لو لم يسمعوا سومه . وقال ابن قتيبة « النجش الختل والخديعة » ومنه قيل للصائد ناجش ، لأنه يختل الصيد [١]

---

(١) فى حاشية الأصل « الناجش الذى يحوش الصيد . والنجش أن تزيد فى البيع ليقع غيرك وليس من حاجتك ، وفى الحديث لا تناجشوا

قال ابن بطال : أجمع العلماء على أن الناجش عاص بفعله ، واختلفوا فى البيع إذا وقع على ذلك : ونقل ابن المنذر عن طائفة من أهل الحديث فساد ذلك البيع إذا وقع على ذلك ، وهو قول أهل الظاهر ، ورواية عن مالك وهو المشهور عند الحنابلة إذا كان بمواطأة البائع أوصنعته ؛ والمشهور عند المالكية فى مثل ذلك ثبوت الخيار وهو قول الحنفية ، وقد اتفق أكثر العلماء على تفسير النجش فى الشرع بما تقدم ، وقد فسره ابن عبد البر وابن حزم وابن العربى بأن تكون الزيادة المذكورة فوق ثمن المثل ووافقهم على ذلك بعض المتأخرين من الشافعية وهو تقييد للنص بغير مقتض للتقييد .

قال المصنف رحمه الله تعالى:

(فصل) ويحرم أن يبيع على بيع أخيه ، وهو أن يجىء إلى من اشترى شيئا فى مدة الخيار فيقول : افسخ فإنى أبيعك أجود منه بهذا الثمن ، ، أو أبيعك مثله بدون هذا الثمن ، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : لا يبع الرجل على بيع أخيه ، ولأن فى هذا إفساداً وإنجاشا فلم يحل ، فإن قبل منه وفسخ البيع واشترى منه صح البيع ، لما ذكرناه فى النجش .

(الشرح) أما حديث ابن عمر فقد رواه البخارى ومسلم . وأما حديث أبى هريرة فهو متفق عليه ، وللنسائى : من طريق ابن عمر « لا يبع أحدكم على بيع أخيه حتى يبتاع أو يذر » .

وفى رواية أحمد عن ابن عمر « لا يبع أحدكم على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه إلا أن يأذن له » وقد تتابعت أحاديث النهى عن أبى هريرة عند الشيخين وعن عقبة بن عامر عند مسلم .

وقوله صلى الله عليه وسلم : لا يبع ، الاكثر بإثبات الياء على أن لا نافية ، ويحتمل أن يكون استثناء من الحكمين ، ويحتمل أن يختص بالاخير ، والخلاف فى ذلك وبيان الراجح مستوفى فى الاصول .

ويدل على الثانى فى خصوص هذا المقام رواية البخارى التى ذكرناها

(قوله) « لا يخطب الرجل إلخ » وسيأتى الكلام على الخطبة فى المناكحات إن شاء الله تعالى .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ ويحرم أن يدخل على سوم أخيه ، وهو أن يجىء إلى رجل أنعم لغيره فى بيع سلعة بثمن فيزيده ليبيع منه ، أو يجىء إلى المشترى فيعرض عليه مثل السلعة بدون ثمنها أو أجود منها بذلك الثمن ، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا يخطب الرجل على خطبة أخيه ، ولا يسم على سوم أخيه ، ولان فى ذلك إفساداً أيضا وإنجاشا فلم يحل ، فأما إذا جاء إليه فطلب منه متاعا فلم ينعم له ، جاز لغيره أن يطلبه ، لانه لم يدخل على سومه وإن طلبه منه فسكت ولم يظهر منه رد ولا إجابة ففيه قولان .

أحدهما : يحرم ، والثانى : لا يحرم ، كالقولين فى الخطبة على خطبة أخيه ، وأما إذا عرضت السلعة فى النداء جاز لمن شاء أن يطلبها ويزيد فى ثمنها ، لما روى أنس رضى الله عنه عن رجل من الانصار أنه أصابه جهد شديد هو وأهل بيته ، فأتى رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكر ذلك له فقال . ما عندى شىء ، اذهب فأتنى بما كان عندك ، فذهب فجاء بحلس وقدح ، فقال يا رسول الله هذا الحلس والقدح ، فقال من يشترى هذا الحلس والقدح ، فقال رجل أنا آخذهما بدرهم ، فقال من يزيد على درهم ؛ فسكت القوم . قال من يزيد على درهم ، فقال رجل أنا آخذهما بدرهمين ، قال : هما لك ، ثم قال ان المسألة لا تحل إلا لثلاثة لذى دم موجع ، أو فقر مدقع ، أو غرم مفظع ، ولأن فى النداء لا يقصد رجلا بعينه ، فلا يؤدى إلى النجش والافساد .

(الشرح) قوله « ولا يسوم » صورته أن يأخذ شيئا ليشتريه فيقول المالك رده لأبيعك خيراً منه بثمنه ، أو يقول للمالك . استرده لأشتريه منك بأكثر ، وإنما يمنع من ذلك بعد استقرار الثمن ، وركون أحدهما إلى الآخر . فان كان ذلك

تصريحا فقد قال فى فتح البارى : لا خلاف فى التحريم ، وان كان ظاهراً ففيه وجهان فى المذهب .

وقال ابن حزم : إن لفظ الحديث لايدل على اشتراط الركون ، وتعقب بأنه لابد من أمر مبين لموضع التحريم فى السوم لأن السوم فى السلعه التى تباع فيمن يزيد لا يحرم اتفاقا كما حكاه فى الفتح عن ابن عبد البر فتعين أن السوم المحرم ماوقع فيه قدر زائد على ذلك ، وأما صورة البيع على البيع ، والشراء على الشراء فهو ان يقول لمن اشترى سلعة فى زمن الخيار : افسخ لأبيعك بأنقص ، أو يقول للبائع افسخ لأشترى منك بأزيد . قال فى فتح البارى : وهذا مجمع عليه .

وقد اشترط بعض الشافعية فى التحريم أن لا يكون المشترى مغبوناً غبنا فاحشا وإلا جاز البيع على البيع ، والسوم على السوم لحديث : الدين النصيحة .

وأجيب عن ذلك بأن النصيحة لا تنحصر فى البيع على البيع والسوم على السوم لأنه يمكن أن يعرفه أن قيمتها كذا فيجمع بذلك بين المصلحتين كذا فى الفتح .

قال الشوكانى : وقد عرفت أن أحاديث النصيحة أعم مطلقاً من الأحاديث القاضية بتحريم أنواع من البيع فيبنى العام على الخاص .

واختلفوا فى صحة البيع المذكور فذهب الجمهور إلى صحته مع الإثم وذهبت الحنابلة والمالكية إلى فساده فى إحدى الروايتين عنهم وبه جزم ابن حزم فى المحلى وابن تيمية فى فتاواه الكبرى .

والخلاف يرجع إلى ماتقرر فى الأصول من أن النهى المقتضى للفساد هو النهى عن الشيء لذاته ، ولوصف ملازم لا لخارج .

وأما حديث أنس فقد رواه أحمد والترمذى وحسنه وقال لا نعرفه إلا من حديث الأخضر بن عجلان عن أبى بكر الحنفى عنه ، وأخرجه أيضاً أبو داود والنسائى . وأعله ابن القطان بجهل حال أبى بكر الحنفى ، ونقل عن البخارى أنه قال لم يصح حديثه . ولفظ الحديث عند أبى داود وأحمد « أن النبى صلى الله عليه وسلم نادى على قدح وحلس لبعض أصحابه . فقال رجل هما على بدرهم ، ثم قال آخر هما على بدرهمين » وفيه « إن المسألة لا تحل إلا لأحد ثلاثة » .

والحلس بكسر الحاء المهملة وسكون اللام كساء رقيق يكون تحت برذعة البعير قاله الجوهري ، والحلس البساط أيضاً ومنه حديث كن حلس بيتك حتى يأتيك يد خاطئة أو ميتة قاضية ، كذا في النهاية لابن الاثير قوله « فيمن يزيد » فيه دليل على جواز بيع المزايدة وهو البيع على الصفة التي فعلها النبي (ص) .

وحكى البخاري عن عطاء أنه قال أدركت الناس لا يرون بأسا في بيع المغانم فيمن يزيد ، ووصله ابن أبي شيبة عن عطاء ومجاهد وروى هو وسعيد بن منصور عن مجاهد قال لا بأس ببيع من يزيد ، وكذلك كانت تباع الاخماس .

وقال الترمذي عقب حديث أنس المذكور : والعمل على هذا عند بعض أهل العلم لم يروا بأسا ببيع من يزيد في الغنائم والمواريث .

قال ابن العربي : لا معنى لاختصاص الجواز بالغنيمة والميراث فإن الباب واحد والمعنى مشترك .

قال الإمام الشوكاني : ولعلهم جعلوا تلك الزيادة التي زادها ابن خزيمة وابن الجارود والدارقطني قيداً لحديث أنس المذكور ولكن لم ينقل أن الرجل الذي باع عنه صلى الله عليه وسلم القدح والحلس كانا معه من ميراث أو غنيمة فالظاهر الجواز مطلقا ، إما لذلك ، وإما لإلحاق غيرهما بهما ويكون ذكرهما خارجا مخرج الغالب لانهما الغالب على ما كانوا يعتادون البيع فيه مزايدة ، وممن قال باختصاص الجواز بهما الاوزاعي وإسحاق .

ثم قال الشوكاني رحمه الله تعالى : وروى عن النخعي أنه كره بيع المزايدة ، واحتج بحديث جابر الثابت في الصحيح أنه صلى الله عليه وسلم قال في مدبر « من يشتريه مني ، فاشتراه نعيم بن عبد الله بثمانمائة درهم » واعترضه الاسماعيلي فقال ليس في قصة المدبر بيع المزايدة ، فإن بيع المزايدة أن يعطى به واحد ثمنا ثم يعطى به غيره زيادة عليه ، نعم يمكن الاستدلال له بما أخرجه البزار من حديث سفيان بن وهب قال سمعت النبي صلى الله عليه وسلم ينهى عن بيع المزايدة لكن في اسناده ابن لهيعة وهو ضعيف .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويحرم أن يبيع حاضر لباد ، وهو أن يقدم رجل ومعه متاع يريد بيعه ويحتاج الناس اليه فى البلد ، فإذا باع اتسع ، واذا لم يبع ضاق ، فيجىء اليه سمسار فيقول « لا تبع حتى أبيع لك قليلا قليلا ، وأزيد فى ثمنها » لما روى ابن طاوس عن أبيه عن ابن عباس رضى الله عنه قال . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا يبع حاضر لباد » قلت ما لا يبع حاضر لباد ؟ قال « لا يكون سمساراً » وروى جابر رضى الله عنه قال، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا يبع حاضر لباد ، دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض » فإن خالف وباع له صح البيع ، لما ذكرناه فى النجش ، فإن كان البلد كبيراً لا يضيق على أهله بترك البيع ففيه وجهان (أحدهما) لا يجوز للخبر (والثانى) يجوز لأن المنع لخوف الاضرار بالناس ، ولا ضرر ههنا .

(الشرح) حديث ابن طاوس عن أبيه عن ابن عباس رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم الخ . أخرجه الجماعة إلا الترمذى . وقوله « حاضر لباد » الحاضر ساكن الحضر والبادى ساكن البادية . قال فى القاموس : الحاضر والحاضرة والحضارة وتفتح خلاف البادية، والحضارة الاقامة فى الحضر، وتبدى أقام فى البادية ، والنسبة بداوى وبدوى ، وُبدا القوم خرجوا الى البادية

وأما حديث جابر فقد رواه الجماعة الا البخارى ؛ وفى مسند أحمد من طريق عطاء بن السائب عن حكيم بالعين المهملة ابن أبى يزيد عن أبيه حدثنى أبى قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض ، فاذا استنصح الرجل فلينصح له » ورواه البيهقى من حديث جابر مثله

قال الشافعى فى الأم بعد سوق الحديثين ، حديث ابن عمر وحديث جابر « وليس فى النهى عن بيع حاضر لباد بيان معنى » والله أعلم لم نهى عنه ، الا أن أهل البادية يقدمون جاهلين بالاسواق ، ولحاجة الناس الى ماقدموا به . ومستثقلى المقام فيكون أدنى الى ما يبيع الناس من سلعهم ، ولا بالاسواق فيرخصوها لهم ، فنهوا — والله أعلم — لئلا يكون سببا لقطع ما يرجى من رزق المشترى من أهل

البادية لما وصفت من إرخاصه منهم . فأى حاضر باع لباد فهو عاص إذا علم الحديث ، والبيع لازم غير مفسوخ بدلالة الحديث نفسه ، لأن البيع لو كان مفسوخا لم يكن فى بيع الحاضر للبادى إلا الضرر على البادى من أن يحبس سلعته ولا يجوز فيها بيع غيره حتى يلى هو أو باد مثله بيعها ، فيكون كسداً لها ، وأحرى أن يرزق مشتريه منه بإرخاصه إياها بإكسادها بالأمر الأول من رد البيع وغرة البادى الآخر ، فلم يكن ههنا معنى يمنع أن يرزق بعض الناس من بعض فلم يجز فيه — والله أعلم — إلا ما قلت من ان بيع الحاضر للبادى جائز غير مردود ، والحاضر منهى عنه . اه

والشوكانى يرى أن أحاديث الفصل تدل على أنه لا يجوز للحاضر أن يبيع للبادى من غير فرق بين أن يكون البادى قريباً له أو أجنبياً ، وسواء كان فى زمن الغلاء أو لا ، وسواء كان يحتاج اليه أهل البلد أم لا ، وسواء باعه له على التدريج أم دفعة واحدة .

وقالت الحنفية : انه يختص المنع من ذلك بزمن الغلاء وبما يحتاج اليه أهل المصر . وقالت الشافعية ووافقهم الحنابلة أن الممنوع إنما هو أن يجىء البلد بسلعة يريد بيعها بسعر الوقت فى الحال فيأتيه الحاضر فيقول : ضعه عندى لأبيعه لك على التدريج بأغلى من هذا السعر .

وقال الحافظ ابن حجر فى فتح البارى « فجعلوا الحكم منوطا بالبادى ومن شاركه فى معناه ، قالوا وانما ذكر البادى فى الحديث لكونه الغالب فألحق به من شاركه فى عدم معرفة السعر من الحاضرين ، وجعلت المالكية البداوة قيداً .

وعن مالك لا يلتحق بالبدوى فى ذلك الا من كان يشبهه ، فأما أهل القرى الذين يعرفون أثمان السلع والأسواق فليسوا داخلين فى ذلك .

وحكى ابن المنذر عن الجمهور أن النهى للتحريم اذا كان البائع عالما ، والمبتاع مما تعم الحاجة اليه ، ولم يعرضه البدوى على الحضرى ، ولا يخفى أن تخصيص العموم بمثل هذه الأمور من التخصيص بمجرد الاستنباط . وقد ذكر ابن دقيق العيد فيه تفصيلا حاصله أنه يجوز التخصيص به حيث يظهر المعنى لا حيث يكون خفياً على أن الشوكانى رحمه الله من مجتهدى الهادوية يتردد فى قبول هذه القاعدة

التى أخذ بها الجمهور فيقول: فاتباع اللفظ أولى ولكنه - أى الاستنباط - لا يطمئن الخاطر إلى التخصيص به مطلقاً، ثم يقول : فالبقاء على ظواهر النصوص الأولى فيكون بيع الحاضر للبادى محرما على العموم، وسواء كان بأجرة أم لا .

وروى عن البخارى أنه حمل النهى على البيع بأجرة لا بغير أجرة، فإنه من باب النصيحة . وروى عن عطاء ومجاهد وأبى حنيفة أنه يجوز بيع الحاضر للبادى مطلقا، وتمسكوا بأحاديث النصيحة . وروى مثل ذلك عن الهادى وقالوا : إن أحاديث الباب منسوخة . واستظهروا على الجواز بالقياس عن توكيل البادى للحاضر فإنه جائز، وردد الشوكانى رفضه لهذا الجواز بقوله ويجاب عن تمسكهم بأحاديث النصيحة بأنها عامة مخصصة بأحاديث

ثم قال : فإن قيل إن أحاديث النصيحة وأحاديث الباب بينها عموم وخصوص من وجه ؛ لأن بيع الحاضر للبادى قد يكون على غير وجه النصيحة، فيحتاج حينئذ الى الترجيح من خارج كما هو شأن الترجيح بين العمومين المتعارضين ؛ فيقال المراد بيع الحاضر للبادى - الذى جعلناه أخص مطلقا - هو البيع الشرعى بيع المسلم للمسلم الذى بينه الشارع للأمة، وليس بيع الغش والخداع داخلا فى مسمى هذا البيع الشرعى، كما أنه لا يدخل فيه بيع الربا وغيره مما لا يحل شرعا، فلا يكون البيع باعتبار ما ليس بيعا شرعيا أعم من وجه حتى يحتاج الى طلب مرجح بين العمومين، لأن ذلك ليس هو البيع الشرعى

ويجاب عن دعوى النسخ بأنها انما تصح عند العلم بتأخر الناسخ، ولم ينقل ذلك ؛ ويرفض الشوكانى القياس لأنه فاسد الاعتبار لمصادمته النص، ثم يجعل حكم البيع حكم الشراء مستنداً الى ما أخرجه أبو عوانه فى صحيحه عن ابن سيرين قال : لقيت أنس بن مالك فقلت لا يبع حاضر لباد، أنهيتم أن تبيعوا أو تبتاعوا لهم ؟ قال نعم، قال محمد : صدق، انها كلمة جامعة

على أن الشافعى رضى الله عنه فى تصحيحه للبيع مع الإثم يستدل بالحديث نفسه ولا يستدل بقياس أو قرينة فيقول، فأى حاضر باع لباد فهو عاص اذا علم الحديث، والبيع لازم غير مفسوخ بدلالة الحديث نفسه. لأن البيع لو كان يكون

مفسوخا لم يكن فى بيع الحاضر للبادى الا الضرر على البادى من أن يحبس سلعته الى آخر ما أورد فى الأم ، وسبق نقله

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويحرم تلقى الركبان ، وهو أن يتلقى القافلة ويخبرهم بكساد ما معهم من المتاع ليغبنهم ، لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن رسول الله (ص) نهى أن تتلقى السلع حتى يهبط بها الأسواق ، ولأن هذا تدليس وغرر فلم يحل ، فإن خالف واشترى صح البيع لما ذكرناه فى النجش ، فإن دخلوا البلد فبان لهم الغبن كان لهم الخيار لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن رسول الله (ص) قال لا تلقوا الجلب ، فمن تلقاها واشترى منهم فصاحبه بالخيار اذا أتى السوق ، ولأنه غرهم ودلس عليهم فثبت لهم الخيار كما لو دلس عليهم بعيب .

وان بان لهم أنه لم يغبنهم ففيه وجهان ، أحدهما ، أن لهم الخيار للخبر ، والثانى ، لا خيار لهم لأنه ما غر ولا دلس . وان خرج الى خارج البلد لحاجة غير التلقى فرأى القافلة فهل يجوز أن يبتاع منهم ؟ فيه وجهان ، أحدهما ، يجوز ، لأنه لم يقصد التلقى ، والثانى ، لا يجوز ، لأن المنع من التلقى للبيع ، وهذا المعنى موجود وان لم يقصد التلقى فلم يجز

(الشرح) أما فصل تحريم تلقى الركبان فان حديث ابن عمر رواه الشيخان ورروياه أيضا من طريق عبد الله بن مسعود رضى الله عنه بلفظ « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن تلقى البيوع » ورواه الجماعة الا البخارى عن أبى هريرة رضى الله عنه بلفظ « نهى النبى صلى الله عليه وسلم أن يتلقى الجلب ، فان تلقاه انسان فابتاعه فصاحب السلعة فيها بالخيار اذا ورد السوق » وقد ذكره الشافعى فى الأم بسنده .

أما لغات الفصل فقوله « بكساد » من باب قتل كسادا لم ينفق لقلة الرغبات ، فهو كاسد وكسيد . ويتعدى بالهمزة فيقال أكسده الله . وكسدت السوق فهى كاسد بغير هاء فى الصحاح . وبالهاء فى التهذيب . ويقال أصل الكساد الفساد .

قوله « الجلب » بفتح اللام مصدر بمعنى اسم المفعول المجلوب ، يقال جلب الشيء جاء به من بلد إلى بلد للتجارة .

قوله « الركبان » جمع راكب ، والمراد قافلة التجارة التي تجلب الأرزاق والبضائع . وذكر الركبان خرج مخرج الغالب في أن من يجلب الطعام يكونون عدداً ركباناً ، ولا مفهوم له ، بل لو كان الجالب عدداً مشاة أو واحداً ، راكباً أو ماشياً لم يختلف الحكم .

أما الأحكام ففي هذه الأحاديث دليل على أن التلقي محرم ؛ وقد اختلف في هذا النهي هل يقتضي الفساد أم لا ؟ فقيل يقتضي الفساد وقيل لا ، وهو الظاهر وقد عقب الشيخ مجد الدين أبو البركات ابن تيمية (الجد) في كتابه المنتقى على حديث أبي هريرة بقوله : وفيه دليل على صحة البيع

قال الشوكاني رحمه الله تعالى : لأن النهي ههنا لأمر خارج ، وهو لا يقتضيه كما تقرر في الأصول ، وقد قال بالفساد المرادف للبطلان بعض المالكية وبعض الحنابلة ، وقال بعضهم بعدم الفساد لما سلف .

قال الشافعي في الأم : وقد سمعت في هذا الحديث - يعني حديث أبي هريرة بعد أن ساقه أخبرنا مالك عن أبي الزناد عن الاعرج عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تلقوا السلع - فمن تلقى فصاحب السلعة بالخيار بعد أن يقدم السوق ، وبهذا نأخذ إن كان ثابتاً . ففي هذا دليل على أن الرجل اذا تلقى السلعة فاشتراها فالبيع جائز ، غير أن لصاحب السلعة بعد أن يقدم السوق الخيار لأن تلقيها حين يشتري من البدوي قبل أن يصير إلى موضع المساومين من الغرر له يوجد النقص من الثمن ، فإذا قدم صاحب السلعه فهو بالخيار بين انفاذ البيع ورده ولا خيار للمتلقي لأنه هو الغار لا المغرور . اه

قال العلامة ابن القيم في كتابه الطرق الحكمية في السياسة الشرعية « ومن المنكرات تلقي السلع قبل أن تجيء إلى السوق ، فان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك لما فيه من تغرير البائع ، فانه لا يعرف السعر فيشتري منه المشتري بدون القيمة ، ولذلك أثبت له النبي صلى الله عليه وسلم الخيار إذا دخل السوق ، ولا نزاع في ثبوت الخيار له مع الغبن . وأما ثبوته بلا غبن ففيه عن أحمد روايتان

(إحداهما) يثبت وهو قول الشافعي لظاهر الحديث (والثانية) لا يثبت لعدم الغبن، ولذلك ثبت الخيار المشترى المسترسل إذا غبن . وفى الحديث « غبن المسترسل ربا » وفى تفسيره قولان (أحدهما) أنه الذى لا يعرف قيمة السلعة (والثانى) وهو المنصوص عن أحمد أنه الذى لا يماكس ؛ بل يسترسل الى البائع ويقول : أعطنى هذا .

وليس لأهل السوق أن يبيعوا المماكس بسعر ويبيعوا المسترسل بغيره . وهذا مما يجب على والى الحسبة إنكاره ؛ وهذا بمنزلة تلقى السلع ، فان القادم جاهل بالسعر . ثم قال ابن القيم :

ومن هـــذا تلقى سوقة الحجيج الجلب من الطريق ، وسبقهم إلى المنازل يشترون الطعام والعلف ثم يبيعونه كما يريدون فيمنعهم والى الحسبة من التقدم لذلك حتى يقدم الركب ، لما فى ذلك من مصلحة الركب ومصلحة الجالب ، ومتى اشتروا شيئا من ذلك منعهم من بيعه بالغبن الفاحش

ومن ذلك نهى النبي (ص) « أن يبيع حاضر لباد ، دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض » قيل لابن عباس : ما معنى قوله « لا يبيع حاضر لباد ؟ » قال « لا يكون له سمساراً » . وهذا النهى لما فيه من ضرر المشترى فان المقيم اذا وكله القادم فى بيع سلعة يحتاج الناس اليها ، والقادم لا يعرف السعر أضر ذلك بالمشترى كما أن النهى عن تلقى الجلب لما فيه من الاضرار بالبائعين ، اه

(قلت) وقد ذهب الى الاخذ بظاهر الحديث الجمهور فقالوا: لا يجوز تلقى الركبان ، واختلفوا هل هو محرم أو مكروه فقط . وحكى ابن المنذر عن أبي حنيفة أنه أجاز التلقى وتعقبه الحافظ ابن حجر بأن الذى فى كتب الحنفية أنه يكره التلقى فى حالتين (الأولى) أن يضر بأهل البلد (والثانية) أن يلبس السعر على الواردين . والتنصيص على الركبان فى بعض الروايات خرج مخرج الغالب ، وحكم الماشى حكم الراكب من غير فرق . دليلنا حديث أبي هريرة المذكور فان فيه النهى عن تلقى الجلب من غير فرق . وكذلك حديث ابن مسعود المذكور ، فان فيه النهى عن تلقى البيوع . وقد أوضحنا فى الخيار قول ابن القيم ، ونزيدك إيضاحا بما قاله الشوكانى . قال :

اختلفوا هل يثبت له الخيار مطلقاً أو بشرط أن يقع له فى البيع غبن ، ذهبت الحنابلة إلى الأول وهو الأصح عند الشافعية وهو الظاهر ، وظاهره أن النهى لأجل صنعة البائع ، وإزالة الضرر عنه ، وصيانته ممن يخدعه . قال ابن المنذر : وحمله مالك على نفع أهـــل السوق لا على نفع رب السلعة ، وإلى ذلك جنح الكوفيون والاوزاعى : قال : والحديث حجة للشافعى لانه أثبت الخيار للبائع لا لأهل السوق اه .

وقد احتج مالك ومن معه بمـا وقع فى رواية من النهى عن تلقى السلع حتى تهبط الأسواق ، وهذا لا يكون دليلا لمدعاهم لأنه يمكن أن يكون ذلك رعاية لمنفعة البائع ، لانها إذا هبطت الاسواق عرف مقدار السعر فلا يخدع ولا مانع من أن يقال : العلة فى النهى مراعاة نفع البائع ، ونفع أهل السوق .

واعلم أنه لا يجوز تلقيهم للبيع منهم ، كما لا يجوز للشراء منهم لان العلة التى هى مراعاة نفع الجالب أو أهل السوق أو الجميع حاصلة فى ذلك ، ويدل على ذلك ما رواه البخـــارى بلفظ « لا يبع » فإنه يتناول البيع لهم والبيع منهم ، وظاهر النهى المذكور فى الباب عدم الفرق بين أن يبتدىء المتلقى الجالب بطلب الشراء أو البيع أو العكس ، وشرط بعض الشـافعية فى النهى أن يكون المتلقى الجالب بطلب الشراء أو البيع أو العكس ، وشرط بعض الشـافعية فى النهى أن يكون المتلقى هو الطالب ، وبعضهم اشترط أن يكون المتلقى قاصداً لذلك ، فلو خرج للسلام على الجالب أو للفرجة أو لحاجة أخرى ، فوجدهم فبايعهم لم يتناوله النهى ومن نظر إلى المعنى لم يفرق . وهو الأصح عند الشافعى ، وشرط امام الحرمين فى النهى أن يكذب المتلقى فى سعر البلد ويشترى منهم بأقل من ثمن المثل .

وشرط المتولى من الاصحاب[1] أن يخبرهم بكثرة المئونة عليهم فى الدخول ، وشرط المصنف رحمه الله تعالى أن يخبرهم بكساد ما معهم . قال الشوكانى : والكل من هذه الشروط لا دليل عليه ، والظاهر من النهى أيضا أنه يتناول المسألة القصيرة والطويلة ، وهو ظاهر إطلاق الاصحاب .

---

(١) إذا قلت : الأصحاب او اصحابنا فى عزو الأقوال قصدت الأئمة من فقهاء المذهب .

وقال بعض المالكية : ميل . وقال بعضهم أيضاً : فرسخان ، وقال بعضهم يومان . وقال بعضهم : مسافة قصر . وبه قال الثوري ، وأما ابتداء التلقي فقيل الخروج من السوق ، وإن كان في البلد ، وقيل الخروج من البلد ، وهو قول أصحابنا . وبالأول قال أحمد وإسحاق والليث والمالكية .

وقول المصنف رحمه الله تعالى « ولأن هذا تدليس وغرر » قلت : التدليس كتم البائع عيب السلعة من المشتري وإخفائه ويقال أيضاً : دلس دلسا من باب ضرب والتشديد أشهر في الاستعمال ، قال الأزهري : سمعت أعرابيا يقول : ليس لي في الأمر ولس ولا دلس : أي لا خيانة ولا خديعة ، والدلسة بالضم الخديعة أيضا ، وقال ابن فارس وأصله من الدلس وهو الظلمة .

أما التدليس عند المحدثين فهو إما تدليس في الاسناد وهو بأن يروي عن معاصر مالم يحدثه به ويأتي بلفظ يوهم إتصالا كعن . وأن وقال فإذا قال الراوي عن فلان فإن كان يروي ذلك عن شخص لم يعاصره أو عاصره وثبت أنه لم يلاقه جزمنا بأن روايته منقطعة ، وإن كان معاصراً له — ولم نعلم ان كان لقيه أو لا : أو علمنا أنه لقيه ولكن كان الراوي مدلسا توقفنا في روايته ولم نحكم لها بالاتصال الا اذا ثبت اللقاء والتحديث .

وأما تدليس الأشياخ أن يسمي شيخه أو شيخ شيخه باسم أو كنية أو لقب غير ما اشتهر به وعرف وذلك لستر ضعفه وفي ذلك تفصيل عند المحدثين .

أما الغرر فهو في اللغة الخطر ، وغرته الدنيا غروراً أي خدعته فهي غرور مثل رسول اسم فاعل مبالغة ، وفي اصطلاح الفقهاء كل بيع يحتمل فيه غبن المبتاع

لحديث أبي هريرة الذي رواه الجماعة الا البخاري « أن النبي (ص) نهى عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر ، وحديث ابن مسعود عند أحمد وفي روايته يزيد بن أبي زياد عن المسيب بن رافع ، وقال البيهقي . فيه ارسال بين المسيب وعبد الله والصحيح وقفه على ابن مسعود كما قال ذلك الدارقطني في العلل والخطيب وابن الجوزي ولفظه « لا تشتروا السمك في الماء فإنه غرر » وقد روى أبو بكر بن أبي عاصم عن عمران بن حصين حديثا مرفوعا وفيه النهي عن بيع السمك في الماء وهو شاهد لهذا .

وقد مر فى أول البيوع من شرح المهذب تفسير وتفصيل بيع الحصاة ، وهو أن يقول بعتك من هذه الأثواب ما وقعت عليه هذه الحصاة ويرمى الحصاة أو فى الارض ما انتهت اليه الحصاة .

والغرر ثبت النهى عنه فى أحاديث منها المذكور عن أبى هريرة وابن مسعود ومنها عن ابن عمر عند أحمد وابن حبان ، ومنها عن ابن عباس عند ابن ماجه ، ومنها عن سهل بن سعد عند الطبرانى ، ومن جملة بيع الغرر بيع السمك فى الماء ، وبيع الطير فى الهواء ، وبيع المعدوم ، وبيع المجهول ، وبيع الغائب ، وبيع الآبق وكل ما دخل فيه الغرر بوجه من الوجوه .

قال النووى النهى عن بيع الغرر أصل من أصول الشرع يدخل تحته مسائل كثيرة جداً ، ويستثنى من بيع الغرر أمران . أحدهما مايدخل فى المبيع تبعا بحيث لو أفرد لم يصح بيعه ، والثانى مايتسامح بمثله ، اما لحقارته ، أو للمشقة فى تمييزه ومن جملة مايدخل تحت هذين الأمرين بيع أساس البناء واللبن فى ضرع الدابة والحمل فى بطنها والقطن المحشو فى الجبة اه .

(قلت) ومن جملة الغرر بيع حبل الحبلة فقد نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما أخرجه أحمد ومسلم والترمذى من حديث ابن عمر ، وفى رواية عند أبى داود لفظها أكثر تفصيلا منهم حيث فيها « نهى عن بيع حبل الحبلة ، وحبل الحبلة أن تنتج الناقة مافى بطنها ثم تحمل التى نتجت » وعند الشيخين رواية أكثر تفصيلا من أبى داود لفظها « كان أهل الجاهلية يبتاعون لحوم الجزور الى حبل الحبلة ، وحبل الحبلة أن تنتج الناقة مافى بطنها ثم يحمل التى نتجت فنهاهم صلى الله عليه وسلم عن ذلك . والاحاديث المذكورة تقضى ببطلان البيع لان النهى يستلزم ذلك كما تقرر فى الأصول .

قال شيخ الاسلام ابن تيمية الحفيد :

ومن القواعد التى أدخلها قوم من العلماء فى الغرر المنهى عنه أنواع من الايجارات والمشاركات ، كالمساقاة والمزارعة ونحو ذلك . فذهب قوم من الفقهاء الى أن المساقاة والمزارعة حرام باطل . بناء على أنها نوع من الاجارة ؛ لانها عمل بعوض ، والاجارة لا بد أن يكون فيها الأجر معلوما لانها كالثمن .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يحل للسلطان التسعير ، لما روى أنس رضى الله عنه قال : غلا السعر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال الناس : يا رسول الله سعر لنا ، فقال عليه السلام : إن الله هو القابض والباسط والرازق والمسعر ، وإنى لأرجو أن ألقى الله وليس أحد يطالبنى بمظلمة فى نفس ولا مال

(الشرح) أما فصل تحريم التسعير على السلطان فإن حديث أنس رواه أبو داود والترمذى وصححه .

أما لغات الفصل فإن التسعير جعل سعر معلوم ينتهى إليه ثمن الشيء وأسعرته بالألف لغة ، ويقال له سعر إذا زادت قيمته ، وليس له سعر إذا أفرط رخصه والجمع أسعار مثل حمل وأحمال .

أما أحكام الفصل فقد قال العلامة ابن القيم فى كتابه الطرق الحكمية :

وأما التسعير فمنه ما هو ظلم محرم ، ومنه ما هو عدل جائز

فإذا تضمن ظلم الناس وإكراههم بغير حق على البيع بثمن لا يرضونه ، أو منعهم مما أباح الله لهم فهو حرام ، وإذا تضمن العدل بين الناس مثل إكراههم على ما يجب عليهم من المعاوضة بثمن المثل ، ومنعهم مما يحرم عليهم من أخذ الزيادة على عوض المثل ، فهو جائز ، بل واجب

فأما القسم الأول فمثل رواية أنس (التى ساقها المصنف) فإذا كان الناس يبيعون سلعهم على الوجه المعروف من غير ظلم منهم . وقد ارتفع السعر — إما لقلة الشيء - وإما لكثرة الخلق - فهذا إلى الله ، فإلزام الناس أن يبيعوا بقيمة بعينها ، إكراه بغير حق

وأما الثانى فمثل أن يمتنع أرباب السلع من بيعها مع ضرورة الناس اليها إلا بزيادة على القيمة المعروفة ، فهنا يجب عليهم بيعها بقيمة المثل ، ولا معنى للتسعير إلا إلزامهم بقيمة المثل ، فالتسعير ههنا إلزام بالعدل الذى ألزمهم الله به .

قال ابن القيم رحمه الله تعالى :

ومن ذلك أن يلزم ألا يبيع الطعام أو غيره من الأصناف إلا ناس معروفون فلا تباع تلك السلع إلا لهم ، ثم يبيعونها هم بما يريدون ، فلو باع غيرهم ذلك منع وعوقب : فهذا من البغى فى الأرض والفساد ، والظلم الذى يحبس به قطر السماء وهؤلاء يجب التسعير عليهم ، وألا يبيعوا إلا بقيمة المثل ولا يشتروا إلا بقيمة المثل بلا تردد فى ذلك عند أحد من العلماء . لأنه إذا منع غيرهم أن يبيع ذلك النوع أو يشتريه ، فلو سوغ لهم أن يبيعوا بما شاءوا أو يشتروا بما شاءوا ، كان ذلك ظلما للناس ، ظلما للبائعين . الذين يريدون بيع تلك السلع : وظلما المشترين منهم .

فالتسعير فى مثل هذا واجب بلا نزاع ، وحقيقته الزامهم بالعدل ومنعهم من الظلم ، وهذا كما أنه لا يجوز الإكراه على البيع بغير حق ، فيجوز أو يجب الإكراه عليه بحق ، مثل بيع المال لقضاء الدين الواجب . والنفقة الواجبة ، ومثل البيع المضطر إلى طعام أو لباس . ومثل الغراس والبناء الذى فى ملك الغير فان لرب الأرض أن يأخذه بقيمة المثل ، ومثل الأخذ بالشفعة . فان للشفيع أن يمتلك الشقص بثمنه قهراً . وكذلك السراية فى العتق ، فانها تخرج الشقص من ملك الشريك قهراً ، وتوجب على المعتق المعاوضة عليها قهرا . وكل من وجب عليه شىء من الطعام واللباس والرقيق والمركوب — بحج أو كفارة أو نفقة — فمتى وجده بثمن المثل وجب عليه شراؤه . وأجبر على ذلك . ولم يكن له أن يمتنع حتى يبذل له مجاناً ، أو بدون ثمن المثل . ثم عقد ابن القيم فصلا آخر قال :

ومن ههنا منع غير واحد من العلماء كأبى حنيفة وأصحابه القسامين الذين يقسمون العقار وغيره بالأجرة أن يشتركوا . فانهم إذا اشتركوا . والناس يحتاجون إليهم ، أغلوا عليهم الأجرة ، ثم قال :

(قلت) وكذلك ينبغى لوالى الحسبة أن يمنع مغسلى الموتى والحمالين لهم من الاشتراك ، لما فى ذلك من إغلاء الأجرة عليهم ، وكذلك اشتراك كل طائفة يحتاج الناس الى منافعهم ، كالشهود والدلالين وغيرهم ، على أن فى شركة الشهود مبطلا

آخر ، فإن عمل كل واحد منهم متميز عن عمل الآخر ، لا يمكن الاشتراك فيه ؛ فان الكتابة متميزة والتحمل متميز والأداء متميز ، لا يقع فى ذلك اشتراك ولا تعاون ، فبأى وجه يستحق أحدهما أجرة عمل صاحبه ؟ وهـــذا بخلاف الاشتراك فى سائر الصنائع فانه يمكن أحد الشريكين أن يعمل بعض العمل والآخر بعضه ، ولهذا إذا اختلفت الصنائع لم تصح الشركة على أحـد الوجهين ، لتعذر اشتراكهما فى العمل ، ومن صححها نظر إلى أنهما يشتركان فيما تتم به صناعة كل واحد منهما من الحفظ والنظر إذا خرج لحاجة ، فيقع الاشتراك فيما يتم به عمل كل واحد منهما ، وإن لم يقع فى عين العمل .

وأما شركة الدلالين ففيها أمر آخر ، وهو أن الدلال وكيل صاحب السلعة فى بيعه ؛ فاذا شارك غيره فى بيعها كان توكيلا له فيما وكل فيه ، فان قلنا ليس للوكيل أن يوكل ، لم تصح الشركة ، وان قلنا له أن يوكل صحت . فعلى والى الحسبة أن يعرف هذه الأمور ويراعيها ، ويراعى مصالح الناس ، وهيهات وهيهات ، ذهب ما هنالك . والمقصود أنه إذا منع القسامون ونحوهم من الشركة : لما فيها من التواطؤ على إغلاء الأجرة ، فمنع البائعين الذين تواطئوا على ألا يبيعوا إلا بثمن مقدر أولى وأحرى .

وكذلك يمنع والى الحسبة المشترين من الاشتراك فى شىء لا يشتريه غيرهم ، لما فى ذلك من ظلم البائع .

وأيضا فاذا كانت الطائفة التى تشترى نوعا من السلع أو تبيعها ، قد تواطأوا على أن يهضموا ما يشترونه ، فيشتروه بدون ثمن المثل ، ويبيعوا ما يبيعونه بأكثر من ثمن المثل ، ويقتسموا ما يشتركون فيه من الزيادة . كان إقرارهم على ذلك معاونة لهم على الظلم والعدوان ، وقد قال تعالى « وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان »

ثم قال ابن القيم رضى الله عنه : ولا ريب أن هذا أعظم إثما وعدوانا من تلقى السلع ، وبيع الحاضر للبادى ، ومن النجش

ثم عقد ابن القيم فصلا لتسعير الأجور خلص منه الى أن الناس يحتاجون

إلى صناعة طائفة متخصصة ، كالفلاحة والنســاجة والبناء وغير ذلك ، فلولى الأمر أن يلزمهم بذلك بأجرة مثلهم ، فإنه لا تتم مصلحة الناس إلا بذلك .

والمقصود أن هذه الأعمال متى لم يقم بها إلا شخص واحد صارت فرضاً معيناً عليه ، فإذا كان الناس محتاجين إلى فلاحة قوم أو نساجتهم أو بنائهم ، صارت هذه الأعمال مستحقة عليهم ، يجبرهم ولى الأمر عليها بعوض المثل ، ولا يمكنهم من مطالبة الناس بزيادة عن عوض المثل ، ولا يمكن الناس من ظلمهم بأن يعطوهم دون حقهم ، كما اذا احتاج الجند المرصدون للجهاد الى فلاحة أرضهم . وألزم مَن صناعته الفلاحة أن يقوم بها ، ألزم الجند بأن لا يظلموا الفلاح . كما يلزم الفلاح بأن يفلح . ولو اعتمد الجند والأمراء مع الفلاحين ماشرعه الله ورسوله وجاءت به السنة وفعله الخلفاء الراشدون . لأكلوا من فوقهم ومن تحت أرجلهم ، ولفتح الله عليهم بركات من السماء والأرض ، وكان الذى يحصل لهم من المغل أضعاف ما يحصلونه بالظلم والعدوان ، ولكن يأبى جهلهم وظلمهم الا أن يرتكبوا الظلم والإثم ، فيمنعوا البركة وسعة الرزق ، فيجتمع لهم عقوبة الآخرة ونزع البركة فى الدنيا (فإن قيل) وما الذى شرعه الله ورسوله ، وفعله الصحابة ، حتى يفعله من وفقه الله ؟

قيل المزارعة العادلة التى يكون فيها المُقطع والفلاح على حد سواء من العدل لايختص أحدهما عن الآخر بشيء . من هذه الرسوم التى ماأنزل الله بها من سلطان(١) وهى التى خربت البلاد ، وأفسدت العباد ، ومنعت الغيث وأزالت البركات ، وعرضت أكثر الجند والأمراء لأكل الحرام . واذا نبت الجسد على الحرام فالنار أولى به .

---

(١) يصف الفقيه ابن القيم حال البلاد الشامية والمصرية على عهد أمراء المماليك حين يسخرون الفلاحين فى خدمة الارض ويستغل المقطعون أو ذووا الاقطاعات جهود الفلاحين أسوأ استغلال ، تمتص الارض عرقهم ، ويأكلون هم وطبقتهم ثمرات هذا العرق ، حتى ألهم الله ابن القيم أن يلهب ظهورهم بسوط الشرع كما ألهبوا ظهور الفلاحين بسياط الجبروت ، فرحى لابن القيم مرحى ؟ « المطيعى »

ومضى ابن القيم فى هـذا الاستطراد من أمور المساقاة والمزارعة والجعالة ما ندعه لسوقه فى موطنه ، لأنه يقول :

وهذه المسألة ذكرت استطراداً ، والا فالمقصود أن الناس اذا احتاجوا الى أرباب الصناعات ـ كالفلاحين وغيرهم ـ اجبروا على ذلك بأجرة المثل ، وهذا من التسعير الواجب ، فهذا تسعير فى الاعمال .

وأما التسعير فى الأموال ، فاذا احتاج الناس الى سلاح للجهاد وآلات فعلى أربابه أن يبيعوه بعوض المثل ولا يمكنوا من حبسه الا بما يريدونه من الثمن ، والله تعالى قد أوجب الجهاد بالنفس والمال ، فكيف لا يجب على أرباب السلاح بذله بقيمته ؟ ومن أوجب على العاجز ببدنه أن يخرج من ماله مايحج به الغير عنه ولم يوجب على المستطيع بماله أن يخرج ما يجاهد به الغير فقوله ظاهر التناقض . وهذا أحد الروايتين عن أحمد وهو الصواب

ثم قال الفقيه العلامة مستطردا

(فصل) وانما لم يقع التسعير فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم بالمدينة لأنهم لم يكن عندهم من يطحن ويخبز بكراء ، ولا من يبيع طحينا وخبزاً ، بل كانوا يشترون الحب ويطحنونه ويخبزونه فى بيوتهم ، وكان من قدم بالحب لا يتلقاه أحد ، بل يشتريه الناس من الجالبين ؛ ولهذا جاء الحديث « الجالب مرزوق والمحتكر ملعون »

وكذلك لم يكن فى المدينة حائك ، بل كان يقدم عليهم بالثياب من الشام واليمن وغيرها فيشترونها ويلبسونها . ثم قال (فصل فى التسعير)

وقد تنازع العلماء فى التسعير فى مسألتين

(احداهما) اذا كان للناس سعر غالب فأراد بعضهم أن يبيع بأغلى من ذلك فإنه يمنع من ذلك عند مالك ، وهل يمنع من النقصان ؟ على قولين

واحتج مالك رحمه الله بما رواه فى موطئه عن يونس بن سيف عن سعيد بن المسيب « أن عمر بن الخطاب مر بحاطب بن أبى بلتعة وهو يبيع زبيبا له بالسوق . فقال له عمر « اما أن تزيد فى السعر واما أن ترفع من سوقنا »

قال مالك : لو أن رجلا أراد فساد السوق فحط عن سعر الناس ، لرأيت أن يقال له : إما لحقت بسعر الناس وإما رفعت ، وأما أن يقول للناس كلهم : لا تبيعوا إلا بسعر كذا فليس ذلك بالصواب ، وذكر حديث عمر بن عبد العزيز فى أهل الأبلة ، حين حط سعرهم لمنع البحر ، فكتب : « خل بينهم وبين ذلك ، فإنما السعر بيد الله » .

قال ابن رشد فى كتاب البيان :

أما الجلابون فلا خلاف فى أنه لا يسعر عليهم شىء مما جلبوه ، وإنما يقال لمن شذ منهم فباع بأغلى مما يبيع به العامة : اما أن تبيع بما تبيع به العامة ، واما أن ترفع من السوق كما فعل عمر بن الخطاب بحاطب بن أبى بلتعة ، اذ مر به وهو يبيع زبيباً له فى السوق فقال له « اما أن تزيد فى السعر واما أن ترفع من سوقنا » لأنه كان يبيع بالدرهم الواحد أقل مما كان يبيع به أهل السوق .

وأما أهل الحوانيت والأسواق الذين يشترون من الجلابين وغيرهم جملة ، ويبيعون ذلك على أيديهم مقطعا مثل اللحم ، والأدم ، والفواكه . فقيل : انهم كالجلابين ؛ لا يسعر لهم شىء من بياعاتهم ، وانما يقال لمن شذ منهم وخرج عن الجمهور : اما أن تبيع كما يبيع الناس واما أن ترفع من السوق ، وهو قول مالك فى هذه الرواية .

وممن روى عنه ذلك من السلف عبد الله بن عمر ، والقاسم بن محمد ، وسالم ابن عبد الله . وقيل انهم فى هذا بخلاف الجالبين ، لا يتركون على البيع باختيارهم اذا أغلوا على الناس ، ولم يقنعوا من الربح بما يشبه .

وعلى صاحب السوق الموكل بمصلحته أن يعرف ما يشترون به ، فيجعل لهم من الربح مايشبه ، وينهاهم أن يزيدوا على ذلك . ويتفقد السوق (١) أبداً ، فيمنعهم

---

(١) فى كلام ابن رشد هنا ما يرسم صورة صادقه لما يقوم به مفتشو وزارة التموين فى القضاء على السوق السوداء واختزان السلع وحجبها عن محتاجها لإغلاء سعرها واحتكارها وهى ظاهرة يظنون أنها حضارية عصرية وهم فى الحقيقة لم يبلغوا شأو الإسلام فى رسم أسباب العدل والرحمة ويا حبذا لو أخذ الناس فى طرائق العيش اخذ أسلافهم لانعدم الجشع الأشعبى بين التجار .



من الزيادة على الربح الذى جعل لهم فن خالف أمره عاقبه وأخرجه من السوق وهذا قول مالك فى رواية أشهب ، واليه ذهب ابن حبيب . وقال به ابن المسيب ويحيى بن سعيد ، والليث وربيعة ، ولا يجوز عند أحد من العلماء أن يقول لهم لا تبيعوا الا بكذا وكذا ، ربحتم أو خسرتم ؛ من غير أن ينظر الى مايشترون به ولا أن يقول لهم فيما قد اشتروه لا تبيعوه الا بكذا وكذا ، مما هو مثل الثمن أو أقل . واذا ضرب لهم الربح على قدر ما يشترون ، لم يتركهم أن يغلوا فى الشراء وان لم يزيدوا فى الربح على القدر الذى حدد لهم ، فإنهم قد يتساهلون فى الشراء اذا علموا أن الربح لا يفوتهم .

وأما الشافعى فإنه عارض ذلك بما رواه عن الدراوردى عن داود بن صالح التمار عن القاسم بن محمد عن عمر رضى الله عنه «أنه مر بحاطب بن أبى بلتعة بسوق المصلى ، وبين يديه غرارتان فيهما زبيب ، فسأله عن سعرهما ، فقال له : مدين لكل درهم ، فقال له عمر : قد حدثت بعير جاءت من الطائف تحمل زبيباً ، وهم يغترون بسعرك ، فإما أن ترفع فى السعر واما أن تدخل زبيبك البيت ؛ فتبيعه كيف شئت ، فلما رجع عمر حاسب نفسه ؛ ثم أتى حاطبا فى داره فقال : ان الذى قلت لك ليس عزمة منى ، ولا قضاء انما هو شىء أردت به الخير لأهل البلد فحيث شئت فبع وكيف شئت فبع » .

قال الشافعى : وهذا الحديث مستقصى وليس بخلاف لما رواه مالك . ولكنه روى بعض الحديث أو رواه عنه من رواه . وهذا أتى بأول الحديث وآخره وبه أقول . لأن الناس مسلطون على أموالهم . ليس لأحد أن يأخذها أو شيئا منها بغير طيب أنفسهم الا فى المواضع التى تلزمهم . وهذا ليس منها .

وعلى قول مالك فقال أبو الوليد الباجى : الذى يؤمر به من حط عنه أن يلحق به . هو السعر الذى عليه جمهور الناس . فاذا انفرد منهم الواحد والعدد اليسير بحط السعر أمر باللحاق بسعر الناس أو ترك البيع فان زاد فى السعر واحد أو عدد يسير . لم يؤمروا باللحاق بسعره . لان المراعى حال الجمهور . وبه تقوم المبيعات . وهل يقام من زاد فى السوق — أى فى قدر المبيع بالدراهم — كما يقام من نقص منه ؟

قال ابن القصار من المالكية : اختلف أصحابنا فى قول مالك ، ولكن من حط سعراً ، فقال البغداديون : أراد من باع خمسة بدرهم والناس يبيعون ثمانية ، وقال قوم من البصريين : أراد من باع ثمانية ، والناس يبيعون خمسة فيفسد على أهل السوق بيعهم ، وربما أدى إلى الشغف والخصومة .

قال : وعندى أن الأمرين جميعاً ممنوعان ، لأن من باع ثمانية — والناس يبيعون خمسة — أفسد على أهل السوق بيعهم ، وربما أدى إلى الشغب والخصومة فمنع الجميع مصلحة .

قال أبو الوليد الباجى : ولا خلاف أن ذلك حكم أهل السوق .

وأما الجالب ، ففى كتاب محمد - يعنى ابن الحسن - لا يمنع الجالب أن يبيع فى السوق دون بيع الناس . وقال ابن حبيب : ما عدا القمح والشعير يسعر الناس وإلا رفعوا ، وأما جالب القمح والشعير ، فيبيع كيف شاء ، الا أن لهم فى أنفسهم حكم أهل السوق ، ان أرخص بعضهم تركوا ، وان أرخص أكثرهم ، قيل لمن بقى اما أن تبيع كبيعهم ، واما أن ترفعوا .

قال ابن حبيب : وهذا فى المكيل والموزون ، مأكولا كان أو غيره ؛ دون مالا يكال ولا يوزن ، لأنه لا يمكن تسعيره ، لعدم التماثل فيه .

قال أبو الوليد : هذا اذا كان المكيل والموزون متساويا ؛ فاذا اختلف لم يؤمر صاحب الجيد أن يبيعه بسعر الدون .

وأما المسألة الثانية التى تنازعوا فيها من التسعير ، فهى أن يحد لأهل السوق حداً لا يتجاوزونه مع قيامهم بالواجب فهذا منع منه الجمهور . حتى مالك نفسه فى المشهور عنه . ونقل المنع أيضاً عن ابن عمر وسالم والقاسم بن محمد . وروى أشهب عن مالك فى صاحب السوق يسعر على الجزارين : لحم الضأن بكذا ولحم الإبل بكذا . والا أخرجوا من السوق . قال : اذا سعر عليهم قدر ما يرى من شرائهم فلا بأس به . ولكن أخاف أن يقوموا من السوق .

واحتج أصحاب هذا القول بأن فى هذا مصلحة للناس بالمنع من اغلاء السعر عليهم ولا يجبر الناس على البيع . وانما يمنعون من البيع بغير السعر الذى يحده ولى الامر على حسب ما يرى من المصلحة فيه للبائع والمشترى .

وأما الجمهور فاحتجوا بما رواه أبو داود وغيره من حديث العلاء بن عبد الرحمن عن أبيه عن أبي هريرة رضى الله عنه قال « جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله سعر لنا ، فقال : بل أدعو الله ، ثم جاءه رجل فقال : يا رسول الله سعر لنا ، فقال بل الله يرفع ويخفض ، وإنى لأرجو أن ألقى الله وليست لأحد عندى مظلمة »

قالوا ولأن إجبار الناس على ذلك ظلم .

وأما صفة ذلك عند من جوزه ؛ فقال ابن حبيب : ينبغى للإمام أن يجمع وجوه أهل سوق ذلك الشيء ويحضر غيرهم ، استظهارا على صدقهم ، فيسألهم كيف يشترون وكيف يبيعون؟ فينازلهم إلى ما فيه لهم وللعامة سداد حتى يرضوا به ، ولا يجبرهم على التسعير ولكن عن رضى .

قال أبو الوليد الباجى : ووجه هذا أن به يتوصل إلى معرفة مصالح البائعين والمشترين ، ويجعل للباعة فى ذلك من الربح مايقوم بهم ، ولايكون فيه إجحاف بالناس ، وإذا سعر عليهم من غير رضا ، بمالا ربح لهم فيه ، أدى ذلك إلى فساد الاسعار وإخفاء الاقوات وإتلاف أموال الناس

قال شيخ الإسلام[1] ابن تيمية (الحفيد) فهذا الذى تنازعوا فيه ، وأما اذا امتنع الناس من بيع ما يجب عليهم بيعه فهنا يؤمرون بالواجب ويعاقبون على تركه ، وكذلك كل من وجب عليه أن يبيع بثمن المثل فامتنع . قال ابن القيم :

ومن احتج على منع التسعير مطلقاً بقول النبى صلى الله عليه وسلم « إن الله هو المسعر القابض الباسط ، وإنى لأرجو أن ألقى الله وليس لأحد منكم يطلبنى بمظلمة فى دم ولا مال » قيل له هذه قضية معينة وليست لفظا عاماً ، وليس فيها أن أحداً امتنع من بيع ما الناس يحتاجون اليه ، ومعلوم أن الشيء إذا قل رغب

---

(١) قصدنا بالحفيد شيخ الاسلام واسمه أحمد ، لقبه تقى الدين ، كنيته أبو العباس بن عبد الحليم بن عبد السلام وهو ابن تيمية الجد فاسمه عبد السلام ، كنيته أبو البركات ، لقبه مجد الدين

الناس فى المزايدة فيه ، فإذا بذله صاحبه - كما جرت به العادة . ولكن الناس تزايدوا فيه - فهنا لا يسعر عليهم

وقد ثبت فى الصحيحين أن النبى صلى الله عليه وسلم منع من الزيادة على ثمن المثل فى عتق الحصة من العبد المشترك فقال : من أعتق شركا له فى عبد - وكان له من المال مايبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة عدل ، لا وكس ولا شطط ، فأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد ، فلم يمكن المالك أن يساوم المعتق بالذى يريد فإنه لما وجب عليه أن يملك شريكه المعتق نصيبه الذى لم يعتقه لتكميل الحرية فى العبد ، قدر عوضه بأن يقوم جميع العبد قيمة عدل ويعطيه قسطه من القيمة ، فإن حق الشريك فى نصف القيمة ، لا فى قيمة النصف عند الجمهور

وصار هذا الحديث أصلا فى أن مالا يمكن قسمة عينه فإنه يباع ويقسم ثمنه اذا طلب أحد الشركاء ذلك ، ويجبر الممتنع على البيع . وحكى بعض المالكية ذلك إجماعا . وصار ذلك أصلا فى أن من وجبت عليه المعاوضة أجبر على أن يعاوض بثمن المثل ، لا بما يريد من الثمن . وصار ذلك أصلا فى جواز اخراج الشىء من ملك صاحبه قهرا بثمنه للمصلحة الراجحة كما فى الشفعة ؛ وأصلا فى وجوب تكميل العتق بالسراية مهما أمكن .

والمقصود أنه اذا كان الشارع يوجب اخراج الشىء عن ملك مالكه بعوض المثل ، لمصلحة تكميل العتق ، ولم يمكن المالك من المطالبة بالزيادة على القيمة ، فكيف اذا كانت الحاجة بالناس الى التملك أعظم ، وهم اليها أعوز ؟ مثل حاجة المضطر الى الطعام والشراب واللباس وغيره .

وهذا الذى أمر به النبى صلى الله عليه وسلم من تقويم الجميع قيمة المثل ، هو حقيقة التسعير . كذلك سلط الشريك على انتزاع الشقص المشفوع فيه من يد المشترى بثمنه الذى ابتاعه به لا بزيادة عليه لأجل مصلحة التكميل لواحد فكيف بما هو أعظم من ذلك ؟ فإذا جوز له انتزاعه منه بالثمن الذى وقع عليه العقد لا بما شاء المشترى من الثمن لأجل هذه المصلحة الجزئية ، فكيف اذا اضطر الى ما عنده من طعام وشراب ولباس وآلة حرب ؟

وكذلك اذا اضطر الحاج الى ما عند الناس من آلات السفر وغيرها ، فعلى

ولى الأمر أن يجبرهم على ذلك بثمن المثل ، لا بما يريدونه من الثمن ، وحديث العتق أصل فى ذلك كله .

ثم عقد ابن القيم فصلا نختم به بحثنا فى التسعير قال :

(فصـل) فإذا قدر أن قوماً اضطروا إلى السكنى فى بيت إنسان لا يجدون سواه ، أو النزول فى خان مملوك ، أو استعارة ثياب يستدفئون بها ، أو رحى للطحن ، أو دلو لنزع المـاء : أو قدر أو فاس أو غير ذلك ، وجب على صاحبه بذله بلا نزاع ، لكن هل له أن يأخذ عليه أجراً ، فيه قولان للعلماء ، وهما وجهان لأصحاب أحمد . ومن جوز له أخذ الاجرة حرم عليه أن يأخذ زيادة على أجرة المثل

قال شيخنا ـ يعنى شيخ الاسلام ابن تيمية ـ : والصحيح أنه يجب عليه بذل ذلك مجاناً ، كما دل عليه الكتاب والسنة . قال تعالى (فويل للمصلين الذين هم عن صلاتهم ساهون ، الذين هم يراءون ، ويمنعون الماعون)

قال ابن مسعود وابن عباس وغيرهما من الصحابة : هو إعارة القدر والدلو والفاس ونحوها . وفى الصحيحين عن النبى صلى الله عليه وسلم ـ وذكر الخيل ـ قال « هى لرجل أجر ، ولرجل ستر ، وعلى رجل وزر . فأما الذى هى له أجر فرجل ربطها فى سبيل الله ، وأما الذى هى له ستر . فرجل ربطها تغنياً وتعففا . ولم ينس حق الله فى رقابها ، ولا فى ظهورها »

وفى الصحيحين عنه صلى الله عليه وسلم أيضا « من حق الإبل إعارة دلوها ، وإطراق فحلها » وفى الصحيحين عنه صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن عسب الفحل» أى عن أخذ الأجرة عليه ، وفى الصحيحين عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا يمنعن جار جاره أن يغرز خشبة فى جداره »

ويمضى شيخ الاسلام ابن تيمية فيقول كما يحكيه عنه تلميذه وصنو حياته وعلمه :

ولو احتاج إلى إجراء مائه فى أرض غيره من غير ضرر لصاحب الأرض ، فهل يجبر على ذلك . روايتان عن أحمد ، والإجبار قول عمر بن الخطاب وغيره من الصحابة رضى الله عنهم .

وقد قال جماعة من الصحابة والتابعين « إن زكاة الحلى عاريته » فإذا لم يعره فلا بد من زكاته ، وهذا وجه فى مذهب أحمد .

قال ابن القيم عقب هذا

(قلت) وهو الراجح ، وانه لا يخلو الحلى من زكاة أو عارية

والمنافع التى يجب بذلها نوعان ، منها ما هو حق المال كما ذكرنا فى الخيل والابل والحلى ، ومنها ما يجب لحاجة الناس .

وأيضا فإن بذل منافع البدن تجب عند الحاجة ؛ كتعليم العلم ، وإفتاء الناس ، وأداء الشهادة والحكم بينهم والجهاد ، والامر بالمعروف والنهى عن المنكر وغير ذلك من منافع الابدان . وكذلك من أمكنه إنجاء إنسان من مهلكة وجب عليه أن يخلصه ، فإن ترك ذلك — مع قدرته — أثم وضمنه ، فلا يمتنع وجوب بذل منافع الأموال للمحتاج . وقد قال تعالى (ولا يأب كاتب أن يكتب كما علمه الله فليكتب) وقال تعالى (ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا)

وللفقهاء فى أخذ الجعل على الشهادة أربعة أقوال ، وهى أربعة أوجه فى مذهب أحمد (أحدها) أنه لا يجوز مطلقاً (والثانى) أنه يجوز عند الحاجة (والثالث) أنه لا يجوز الا أن يتعين عليه (والرابع) أنه يجوز ، فإن أخذه عند التحمل لم يأخذ عند الأداء .

والمقصود أن ما قدره النبى صلى الله عليه وسلم من الثمن فى سراية العتق هو لأجل تكميل الحرية ، وهو حق الله تعالى وما احتاج اليه الناس حاجة عامة ، فالحق فيه لله . وذلك فى الحقوق والحدود .

قال ابن القيم « فأما الحقوق فمثل حقوق المساجد ومال الفىء والوقف على أهل الحاجات ، وأموال الصدقات والمنافع العامة ، وأما الحدود فمثل حد المحاربة والسرقة والزنا وشرب الخمر المسكر

وحاجة المسلمين الى الطعام واللباس وغير ذلك مصلحة عامة ، ليس الحق فيها لواحد بعينه ، فتقدير الثمن فيها بثمن المثل على من وجب عليه البيع أولى من تقديره لتكميل الحرية ، لكن تكميل الحرية وجب على الشريك المعتق ، ولو لم

يقدر فيها الثمن لتضرر بطلب الشريك الآخر ، فإنه يطلب ما شاء ، وهنا عموم الناس يشترون الطعام والثياب لأنفسهم وغيرهم . فلو مكن من عنده سلع يحتاج الناس اليها أن يبيع بما شاء كان ضرر الناس أعظم ، ولهذا قال الفقهاء « إذا اضطر الانسان إلى طعام الغير ، وجب عليه بذله له بثمن المثل »

وأبعدُ الأئمة عن إيجاب المعاوضة وتقديرها هو الشافعى ، ومع هـذا فإنه يوجب على من اضطر الانسان إلى طعامه أن يبذله له بثمن المثل، وتنازع أصحاب الشافعى فى جواز تسعير الطعام إذا كان بالناس اليه حاجة ، ولهم فيه وجهان .

وقال أصحاب أبى حنيفة : لا ينبغى للسلطان أن يسعر على الناس إلا إذا تعلق به حق ضرر العامة ، فإذا رفع الى القاضى أمر المحتكر ببيع ما فضـل من قوته وقوت أهله ، على اعتبار السـعر فى ذلك ، ونهاه عن الاحتكار ، فإن أبى حبسه وعزره على مقتضى رأيه ، زجراً له ودفعاً للضرر عن الناس

قالوا فإن تعدى أربابُ الطعام وتجاوزوا القيمة تعدياً فاحشاً ، وعجز القاضى عن صيانة حقوق المسـلمين إلا بالتسعير ، سعره حينئذ بمشورة أهل الرأى والبصيرة .

وهذا على أصل أبى حنيفة ظاهر حيث لا يرى الحجر على الحر

ومن باع منهم بما قدره الامام صح لأنه غير مكره عليه

قالوا : وهل يبيع القاضى على المحتكر طعامه من غير رضاه . على الخلاف المعروف فى بيع مال المدين

وقيل يبيع ههنا بالاتفاق ، لأن أبا حنيفة يرى الحجر لدفع الضرر العام والسعر لما غلا على عهد النبى صلى الله عليه وسلم وطلبوا منه التسعير فامتنع ، لم يذكر أنه كان هناك من عنده طعام امتنع من بيعه ، بل عامة من كان يبيع الطعام إنما هم جالبون يبيعونه إذا هبطوا السوق ، ولكن نهى النبى صلى الله عليه وسلم أن يبيع حاضر لباد ، أى أن يكون له سمساراً . وقال « دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض »

فنهى الحاضر العالم بالسعر أن يتوكل للبادى الجالب للسلعة ، لأنه إذا توكل له - مع خبرته بحاجة الناس - أغلى الثمن على المشترى فنهاه عن التوكل له ، مع أن جنس الوكالة مباح لما فى ذلك من زيادة السعر على الناس ، ونهى عن تلقى الجلب وجعل للبائع إذا هبط السوق الخيار ، ولهذا كان أكثر الفقهاء على أنه نهى عن ذلك لما فيه من ضرر البائع هنا ، فإذا لم يكن قد عرف السعر ، وتلقاه المتلقى قبل إتيانه إلى السوق اشتراه المشترى بدون ثمن المثل فغبنه ، فأثبت النبى صلى الله عليه وسلم لهذا البائع الخيار .

ثم فيه عن أحمد روايتان كما تقدم ، إحداهما : أن الخيار يثبت له مطلقا : سواء غبن أو لم يغبن وهو ظاهر مذهب الشافعى .

والثانية : أنه إنما يثبت عند الغبن وهى ظاهر مذهب الحنابلة .

وقالت طائفة : بل نهى عن ذلك لما فيه من ضرر المشترى إذا تلقاه المتلقى فاشترى منه ، ثم باعه ، وفى الجملة . فقد نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن البيع والشراء الذى جنسه حلال حتى يعلم البائع بالسعر ، وهو ثمن المثل ، ويعلم المشترى بالسلعة .

وصاحب القياس الفاسد يقول : المشترى أن يشترى حيث شاء ، وقد اشترى من البائع كما يقول : فله أن يتوكل للبائع الحاضر وغير الحاضر ، ولكن الشارع راعى المصلحة العامة ، فإن الجالب إذا لم يعرف السعر كان جاهلا بثمن المثل ، فيكون المشترى غاراً له .

وألحق أحمد ومالك بذلك كل مسترسل ، فإنه بمنزلة الجالب الجاهل بالسعر فتبين أنه يجب على الإنسان ألا يبيع مثل هؤلاء إلا بالسعر المعروف ، وهو ثمن المثل ، وإن لم يكونوا محتاجين إلى الابتياع منه ، لكن لكونهم جاهلين بالقيمة أو غير مماكسين ، والبيع يعتبر فيه الرضا ، والرضا يتبع العلم ، ومن لم يعلم أنه غبن فقد يرضى ، وقد لا يرضى ، فإذا علم أنه غبن ورضى فلا بأس بذلك .

وفى السنن « أن رجلا كانت له شجرة فى أرض غيره : وكان صاحب الأرض يتضرر بدخول صاحب الشجرة ، فشكا ذلك إلى النبى (ص) ، فأمره أن يقبل

بدلها أو يتبرع له بها فلم يفعل فأذن لصاحب الأرض أن يقلعها . وقال لصاحب الشجرة : إنما أنت مضار » .

وصاحب القياس الفاسد يقول : لا يجب عليه أن يبيع شجرته ولا يتبرع بها ولا يجوز لصاحب الأرض أن يقلعها ، لأنه تصرف فى ملك الغير بغير إذنه ، وإجبار على المعاوضة عليه ، وصاحب الشرع أوجب عليه إذا لم يتبرع بها أن يبيعها لما فى ذلك من مصلحة صاحب الأرض بخلاصه من تأذيه بدخول صاحب الشجرة ، ومصلحة صاحب الشجرة بأخذ القيمة . وإن كان عليه فى ذلك ضرر يسير ، فضرر صاحب الأرض ببقائها فى بستانه أعظم ، فإن الشارع الحكيم يدفع أعظم الضررين بأيسرهما ، فهذا هو الفقه والقياس والمصلحة ، وإن أباه من أباه . والمقصود : أن هذا دليل على وجوب البيع عند حاجة المشترى . وأين حاجة هذا من حاجة عموم الناس إلى الطعام وغيره ؟

والحكم فى المعاوضة على المنافع إذا احتاج الناس إليها ـ كمنافع الدور . والطحن والخبز ، وغير ذلك .. حكم المعاوضة على الأعيان . وبعد فقد استعرضنا ملخصاً وافيا مركزاً لما عرض له ابن القيم وشيخه .

قال ابن القيم : وجماع الأمر أن مصلحة الناس إذا لم تتم إلا بالتسعير . سعر عليهم تسعير عدل لا وكس ولا شطط . وإذا اندفعت حاجتهم وقامت مصلحتهم بدونه لم يفعل . وبالله التوفيق .

وقد قال الشوكانى فى المنتقى فى باب النهى عن التسعير : وقد استدل بالحديث وما ورد فى معناه على تحريم التسعير ، وأنه مظلمة ، ووجهه أن الناس مسلطون على أموالهم والتسعير حجر عليهم والإمام مأمور برعاية مصلحة المسلمين وليس نظره فى مصلحة المشترى برخص الثمن أولى من نظره فى مصلحة البائع بتوفير الثمن وإذا تقابل الأمران وجب تمكين الفريقين من الاجتهاد لأنفسهم وإلزام صاحب السلعة أن يبيع بما لا يرضى به مناف لقوله تعالى (إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) وإلى هذا ذهب جمهور العلماء . وروى عن مالك أنه يجوز للإمام التسعير وأحاديث الباب ترد عليه . ثم قال يشرح وجهة نظره فى منع التسعير : وفى وجه

للشافعية جواز التسعير فى حالة الغلاء . وهذا الرأى فى نظره مردود وما أوردناه فيه القول الفصل الذى يجعل التسعير يدور مع المصلحة حيث دارت ويقيد ولى الأمر بمراعاة طرفى المتبايعين واحقاق العدل بينهما وعدم تغليب طرف على آخر

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ ويحرم الاحتكار فى الأقوات ، وهو أن يبتاع فى وقت الغلاء ويمسكه ليزداد فى ثمنه . ومن أصحابنا من قال : يكره ولا يحرم ، وليس بشىء . لما روى عمر رضى الله عنه قال : قال رسول الله (ص) « الجالب مرزوق والمحتكر ملعون » وروى معمر العدوى قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا يحتكر الا خاطىء » فدل على أنه حرام . فأما اذا ابتاع فى وقت الرخص أو جاءه من ضيعته طعام فأمسكه ليبيعه اذا غلا فلا يحرم ذلك لأنه فى معنى الجالب وقد روى عمر رضى الله عنه أن النبى (ص) قال « الجالب مرزوق والمحتكر ملعون » وروى أبو الزناد قال : قلت لسعيد بن المسيب : بلغنى عنك أنك قلت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال . لا يحتكر بالمدينة الا خاطىء ، وأنت تحتكر ؟ قال ليس هذا الذى قال رسول الله صلى الله عليه وسلم انما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يأتى الرجل السلعة عند غلائها فيغالى بها ، فأما أن يأتى الشىء وقد اتضع فيشتريه ، ثم يضعه فإن احتاج الناس اليه أخرجه ، فذلك خير وأما غير الأقوات فيجوز احتكاره ، لما روى أبو أمامة رضى الله عنه قال نهى رسول الله (ص) أن يحتكر الطعام ، فدل على أن غيره يجوز ، ولأنه لا ضرر فى احتكار غير الأقوات فلم يمنع منه .

(الشرح) أما فصل الاحتكار فحديث عمر رضى الله عنه ، رواه ابن ماجه بلفظ « سمعت رسول الله (ص) يقول من احتكر على المسلمين طعامهم ضربه الله بالجذام والافلاس » وفى اسناده الهيثم بن رافع . قال أبو داود روى حديثاً منكراً قال الحافظ الذهبى : هو الذى خرجه ابن ماجه ، يعنى هذا ، وفى اسناده أيضاً أبو يحيى المكى ، وهو مجهول .

وللحديث شواهد أخرى أقوى منه وأصح ، كحديث سعيد بن المسيب عن معمر بن عبد الله العدوى « أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لا يحتكر إلا خاطىء » رواه أحمد ومسلم وأبو داود والترمذى وغيرهم. وحديث معقل بن يسار قال « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من دخل فى شيء من أسعار المسلمين ليغليه عليهم كان حقا على الله أن يقعده بعظم من النار يوم القيامة رواه أحمد والطبرانى فى معجميه الكبير والأوسط ، وفى إسناده زيد بن مرة أبو المعلى ، قال فى مجمع الزوائد : ولم أجد من ترجمه وبقية رجاله رجال الصحيح .

وحديث أبى هريرة قال « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من احتكر حكرة يريد أن يغلى بها على المسلمين فهو خاطىء » رواه أحمد والحاكم وزاد « وقد برئت منه ذمة الله » ، وفى إسناده أبو معشر ، وهو ضعيف ، وقد وثقه بعضهم . وحديث ابن عمر مرفوعا « الجالب مرزوق ، والمحتكر ملعون » رواه ابن ماجه والحاكم وإسحاق بن راهويه والدارمى وأبو يعلى والعقيلى فى الضعفاء وضعف إسناده الحافظ ابن حجر .

ومنها حديث آخر عند ابن عمر عند أحمد والحاكم وابن أبى شيبة والبزار وأبى يعلى بلفظ « من احتكر الطعام أربعين ليلة فقد برىء من الله وبرىء الله منه» زاد الحاكم « وأيما أهل عرصة أصبح فيهم امرؤ جائع فقد برئت منهم ذمة الله » وفى إسناده أصبغ بن زيد وكثير بن مرة ، والأول مختلف فيه والثانى قال ابن حزم إنه مجهول ، وقال غيره : معروف ، ووثقه ابن سعد ، وروى عنه جماعة ، واحتج به النسائى .

قال الحافظ ابن حجر : ووهم ابن الجوزى فأخرج هذا الحديث فى الموضوعات وحكى ابن أبى حاتم عن أبيه أنه منكر اه .

أما أحكام الفصل : فهذه الأحاديث بمجموعها لا شك أنها تنتهض حجة للاستدلال على عدم جواز الاحتكار لو فرض عدم ثبوت شيء منها ، وأخذت بمجموعها ، فكيف وحديث معمر المذكور فى صحيح مسلم ، والتصريح بأن المحتكر خاطىء كاف فى إفادة عدم الجواز ، لأن الخاطىء هو المذنب العاصى وهو

فاعل من خطىء من باب علم إذا أثم فى فعله قاله أبو عبيدة وقال : سمعت الأزهرى يقول : خطىء إذا تعمد ، وأخطأ إذا لم يتعمد .

قال الأصحاب من الشافعية : إن المحرم إنما هو احتكار الأقوات خاصة لا غيرها ، ولا مقدار الكفاية منها ، وإلى ذلك ذهب الزيدية أيضاً .

وذهب الشوكانى إلى أن الأحاديث ظاهرها يحرم الاحتكار من غير فرق بين قوت الآدمى والدواب ، وبين غيره ، والتصريح (بالطعام) فى بعض الروايات لا يصلح لتقييد بقية الروايات المطلقة ، ويمكن الرد عليه بأن المقرر فى قواعد الأصول أن المطلق يحمل على المقيد وأن العام يحمل على الخاص الا أن الشوكانى يخرج من هذا المأزق بقوله انه من باب التنصيص على فرد من الأفراد التى يطلق عليها المطلق ، وذلك لأن نفى الحكم عن غير الطعام انما هو لمفهوم اللقب ، وهو غير معمول به عند الجمهور ، وما كان كذلك لا يصلح للتقييد على ما تقرر فى الأصول أيضاً .

ويفرق العلماء بين الاحتكار والادخار ، فالاحتكار اختزان السلعة وحبسها عن طلابها حتى يتحكم المختزن فى رفع سعرها لقلة المعروض منها أو انعدامه ، فيتسنى له أن يغليها حسبما يشاء وهذا حرام بالإجماع فى ضرورات الحياة . مكروه فى كمالياتها .

ويمكن أن يلحق بالاقوات مايترتب على احتكاره من تلف وهلاك يصيب الناس ، كاحتكار الثياب فى وقت البرد الشديد مع حاجة الناس اليه ، وحبس وسائل النقل للجند فى ابان الجهاد لما فى ذلك من اضعاف لقوة المسلمين واتاحة الفرصة لتفوق العدو عليهم وغلبته . أما الادخار فقد قال ابن رسلان فى شرح السنن ولا خلاف فى أن ما يدخره الإنسان من قوت وما يحتاجون اليه من سمن وعسل وغير ذلك جائز لا بأس به اه .

ويقول الشوكانى نقلا عن أئمة الشافعية : انما المحرم هو احتكار الأقوات خاصة لا غيرها ولا مقدار الكفاية منها . ويدل على ذلك ماثبت أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يعطى كل واحدة من زوجاته مائة وسق من خيبر .

قال ابن رسلان فى شرح السنن : وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يدخر لأهله قوت سنتهم من تمر وغيره .

قال أبو داود : قيل لسعيد ـ يعنى ابن المسيب ـ فإنك تحتكر . قال ومعمر كان يحتكر . وكذا فى صحيح مسلم :

قال ابن عبد البر وآخرون : إنما كانا ـ يعنى ابن المسيب ومعمراً ـ يحتكران الزيت ، وحملا الحديث على احتكار القوت عند الحاجة إليه . وكذلك حمله الشافعى وأبو حنيفة وآخرون .

قال الشوكانى : ويدل على اعتبار الحاجة وقصد إغلاء السعر على المسلمين قوله فى حديث معقل « من دخل فى شىء من أسعار المسلمين ليغليه عليهم » وقوله فى حديث أبى هريرة « يريد أن يغلى بها على المسلمين » قال أبو داود : سألت أحمد بن حنبل ما الحكرة . قال ما فيه عيش الناس ، أى حياتهم وقوتهم .

وقال الأثرم : سمعت أبا عبد الله ـ يعنى أحمد بن حنبل ـ يسئل عن أى شىء الاحتكار ، فقال إذا كان من قوت الناس فهو الذى يكره . وهذا قول عمر

وقال الأوزاعى : المحتكر من يعترض السوق ، أى ينصب نفسه للتردد إلى الاسواق ليشترى منها الطعام الذى يحتاجون اليه ليحتكره .

قال السبكى ، الذى ينبغى أن يقال فى ذلك أنه إن منع غيره من الشراء وحصل به ضيق حرم . وإن كانت الأسعار رخيصة وكان القدر الذى يشتريه لا حاجة بالناس اليه فليس لمنعه من شرائه وادخاره إلى وقت حاجة الناس اليه معنى ، قال القاضى حسين والرويانى ، وربما يكون هذا حسنة لأنه ينفع به الناس ، وقطع المحاملى فى المقنع باستحبابه .

قال أصحاب الشافعى ، الاولى بيع الفاضل عن الكفاية ، قال السبكى ، أما إمساكه حالة استغناء أهل البلد عنه رغبة فى أن يبيعه اليهم وقت حاجتهم إليه فينبغى أن لا يكره ، بل يستحب .

قال الشوكانى ، والحاصل أن العلة إذا كانت هى الإضرار بالمسلمين لم يحرم الاحتكار الا على وجه يضر بهم ، ويستوى فى ذلك القوت وغيره لأنهم يتضررون بالجميع ، وقال الغزالى فى الاحياء ، ما ليس بقوت ولا معين عليه فلا يتعدى النهى

اليه ، وان كان مطعوما وما يعين على القوت كاللحم والفواكه وما يسد مسد شيء من القوت فى بعض الاحوال ، وان كان لا يمكن المداومة عليه فهو فى محل النظر فمن العلماء من طرد التحريم فى السمن والعسل والشيرج والجبن والزيت ومايجرى مجراه . وقال السبكى « اذا كان فى وقت قحط كان فى ادخار العسل والسمن والشيرج وأمثالها اضرار ، فينبغى أن يُقضى بتحريمه ، واذا لم يكن اضرار فلا يخلو احتكار الاقوات عن كراهة .

وقال القاضى حسين « اذا كان الناس يحتاجون الثياب ونحوها لشدة البرد أو لستر العورة فيكره لمن عنده ذلك امساكه » قال السبكى « ان أراد كراهة تحريم فظاهر ، وان أراد كراهة تنزيه فبعيد .

وحكى أبو داود عن قتادة أنه قال « ليس فى التمر حكرة » وحكى أيضا عن سفيان أنه سئل عن كبس القت فقال « كانوا يكرهون الحكرة » والكبس بفتح الكاف واسكان الباء الموحدة ، والقت بفتح القاف وتشديد التاء الفوقية ، وهو اليابس من القضب . قال الطيبى « ان التقييد بالاربعين يشير الى حديث ادخار الطعام أربعين يوماً ، اليوم غير مراد به التحديد » قال الشوكانى « ولم أجد من ذهب الى العمل بهذا العدد » .

ونختم هذا الفصل بما أورد الامام النووى رضى الله عنه فى شرحه لصحيح مسلم عند حديث معمر بن عبد الله مرفوعا « من احتكر فهو خاطىء » قال النووى قال اهل اللغة « الخاطىء بالهمز هو العاصى الآثم » وهذا الحديث صريح فى تحريم الاحتكار فى الأقوات خاصة ، وهو أن يشترى الطعام فى وقت الغلاء للتجارة ولا يبيعه فى الحال بل يدخره ليغلو ثمنه . فأما اذا جاءه من قريته أو اشتراه فى وقت الرخص وادخره ، أو ابتاعه فى وقت الغلاء لحاجته الى أكله ، أو ابتاعه ليبيعه فى وقته فليس باحتكار ولا تحريم فيه .

قال وأما غير الاقوات فلا يحرم الاحتكار فيه بكل حال ، هذا تفصيل مذهبنا قال العلماء « والحكمة فى تحريم الاحتكار دفع الضرر عن عامة الناس ، كما أجمع العلماء على أنه لو كان عند انسان طعام واضطر الناس اليه ولم يجدوا غيره أجبر على بيعه دفعاً للضرر عن الناس .

وأما ماذكر فى الكتاب ـ يعنى فى صحيح مسلم ـ عن سعيد بن المسيب ومعمر راوى الحديث أنهما كانا يحتكران ، فقال ابن عبد البر وآخرون : إنما كانا يحتكران الزيت ، وحملا الحديث على احتكار القوت عند الحاجة اليه والغلاء ، وكذا حمله الشافعى وأبو حنيفة وآخرون . وهو الصحيح والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى:

﴿ باب اختلاف المتبايعين وهلاك المبيع ﴾

« إذا اختلف المتبايعان فى مقدار الثمن ، ولم تكن بينة تحالفا ، لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه قال « لو أن الناس أعطوا بدعاويهم لادعى ناس من الناس دماء ناس وأموالهم ، لكن اليمين على المدعى عليه » فجعل اليمين على المدعى عليه والبائع مدعى عليه بيع بألف والمشترى مدعى عليه بيع بألفين ، فوجب أن يكون على كل واحد منهما اليمين لأن كل واحد منهما مدعى عليه ولا بينة فتحالفا ، كما لو ادعى رجل على رجل ديناراً وادعى الآخر على المدعى درهما »

﴿ فصل ﴾ قال الشافعى رحمه الله فى البيوع : يبدأ بيمين البائع . وقال فى الصداق : إذا اختلف الزوجان يبدأ بيمين الزوج ، والزوج كالمشترى . وقال فى الدعوى والبينات إن بدأ بالبائع خير المشترى ، وإن بدأ بالمشترى خير البائع ، وهذا يدل على أنه مخير بين أن يبدأ بالبائع وبين أن يبدأ بالمشترى ، فمن أصحابنا من قال فيها ثلاثة أقوال (أحدها) يبدأ بالمشترى ؛ لأن جنبته أقوى ، لأن المبيع على ملكه فكان بالبداية أولى (والثانى) يبدأ بمن شاء منهما لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر فى الدعوى فتساويا ، كما لو تداعيا شيئا فى يديهما (والثالث) أنه يبدأ بالبائع وهو الصحيح ، لما روى ابن مسعود رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « اذا اختلف البيعان فالقول ما قال البائع ، والمبتاع بالخيار » فبدأ بالبائع ثم خير المبتاع ، ولأن جنبته أقوى لأنه إذا تحالفا رجع المبيع اليه فكانت البداية به أولى . ومن أصحابنا من قال هى على قول واحد أنه يبدأ بالبائع ويخالف

الزوج فى الصداق لأن جنبته أقوى من جنبة الزوجة ، لأن البضع بعد التحالف على ملك الزوج فكان بالتقديم أولى ، وها هنا جنبة البائع أقوى لأن المبيع بعد التحالف على ملك البائع فكان البائع بالتقديم أولى ، والذى قال فى الدعوى والبينات ليس بمذهب له ، وإنما حكى مايفعله الحاكم باجتهاده لأنه موضع اجتهاد فقال : إن حلف الحاكم البائع باجتهاده خير المشترى ، وإن حلف المشترى خير البائع .

(الشرح) حديث ابن عباس رضى الله عنهما رواه مسلم فى صحيحه بلفظ « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى» وفى رواية أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى باليمين على المدعى عليه . هكذا روى هذا الحديث البخارى ومسلم فى صحيحيهما مرفوعا من رواية ابن عباس . وهكذا ذكره أصحاب السنن وغيرهم ، قال الإمام النووى رضى الله عنه فى شرح مسلم :

قال القاضى عياض رضى الله عنه ، قال الاصيلى : لا يصح مرفوعا ، إنما هو قول ابن عباس ، كذا رواه أيوب ونافع الجمحى عن ابن أبى مليكة عن ابن عباس رضى الله عنهما ، قال القاضى قد رواه البخارى ومسلم من رواية ابن جريج مرفوعا هذا كلام القاضى . قال النووى (قلت) وقد رواه أبو داود والترمذى بأسانيدهما عن نافع بن عمر الجمحى عن ابن أبى مليكة عن ابن عباس مرفوعا . قال الترمذى حديث حسن صحيح .

وجاء فى رواية البيهقى وغيره بإسناد حسن أو صحيح زيادة عن ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ، ولكن البينة على المدعى ، واليمين على من أنكر » اه

أما حديث ابن مسعود رضى الله عنه فقد أخرجه أحمد وأبو داود والنسائى وابن ماجه بلفظ « اذا اختلف البيعان وليس بينهما بينة فالقول ما يقول صاحب السلعة أو يترادان » وزاد ابن ماجه « والبيع قائم بعينه » وكذلك أحمد فى رواية « والسلعة كما هى » وللدارقطنى عن أبى وائل عن عبد الله قال « إذا اختلف البيعان والبيع مستهلك فالقول قول البائع » قال ابن تيمية الجد . ورفع الحديث إلى النبى

صلى الله عليه وسلم . ولأحمد والنسائى عن أبى عبيدة : وأتاه رجلان تبايعا سلعة فقال ، هذا أخذت بكذا وكذا . وقال هذا بعت بكذا وكذا ، فقال أبو عبيده : أتى عبد الله فى مثل هذا فقال : حضرت النبى صلى الله عليه وسلم فى مثل هذا فأمر بالبائع أن يستحلف ثم يخير المبتاع إن شاء أخذ وإن شاء ترك ،

وحديث ابن مسعود أخرجه أيضاً الشافعى من طريق سعيد بن سالم عن ابن جريج عن اسماعيل بن أمية عن عبد الملك بن عمير عن أبى عبيدة عن أبيه عبد الله ابن مسعود ، وقد اختلف فيه على اسماعيل بن أمية . ثم على ابن جريج ، وقد اختلف فى صحة سماع أبى عبيدة من أبيه .

ورواه من طريق أبى عبيدة أحمد والنسائى والدارقطنى ، وقد صححه الحاكم وابن السكن ، ورواه أيضا الشافعى من طريق سفيان ابن عجلان عن عون بن عبد الله بن عتبة عن ابن مسعود ، وفيه أيضاً انقطاع ، لأن عوناً لم يدرك ابن مسعود . ورواه الدارقطنى من طريق القاسم بن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن أبيه عن جده . وفيه اسماعيل بن عياش عن موسى بن عقبة . ورواه أبو داود من طريق عبد الرحمن بن قيس بن محمد بن الأشعث بن قيس عن أبيه عن جده عن ابن مسعود

وأخرجه أيضا من طريق محمد بن أبى ليلى عن القاسم بن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن أبيه عن عبد الله بن مسعود ، ومحمد بن أبى ليلى لا يحتج به وعبد الرحمن لم يسمع من أبيه . ورواه ابن ماجه والترمذى من طريق عون بن عبد الله أيضاً عن ابن مسعود ، وهو منقطع

قال العلامة ابن القيم : وأما الحديث المشهور على ألسنة الفقهاء « البينة على من ادعى واليمين على من أنكر » فهذا قد روى ولكن ليس له إسناده فى الصحة والشهرة مثل غيره ، ولا رواه عامة أصحاب السنن المشهورة ، ولا قال بعمومه أحد من علماء الامة ، إلا طائفة من فقهاء الكوفة مثل أبى حنيفة وغيره ، فإنهم يرون دائماً اليمين فى جانب المنكر ، حتى فى القسامة يحلفون المدعى عليه ولا يقضون بالشاهد واليمين ، ولا يردون اليمين على المدعى عند النكول ، واستدلوا بعموم الحديث .

ثم ساق ابن القيم نماذج من أحكام الرسول صلى الله عليه وسلم توافق معنى هذا الحديث فى المعاملات : ولا نأخذ به فى الجنايات .

قال البيهقى : وأصح إسناد روى فى هذا الباب رواية أبى العميس عن عبد الرحمن بن قيس بن محمد بن الأشعث بن قيس عن أبيه عن جده ، ورواه أيضاً الدارقطنى من طريق القاسم بن عبدالرحمن ، قال الحافظ ابن حجر : ورجاله ثقات إلا أن عبد الرحمن اختلف فى سماعه من أبيه .

ورواية التراد رواها أيضاً مالك بلاغا والترمذى وابن ماجه بإسناد منقطع ورواه أيضاً الطبرانى بلفظ « البيعان إذا اختلفا فى البيع ترادا » قال الحافظ ابن حجر : رواته ثقات لكن اختلف فى عبد الرحمن بن صالح يعنى الراوى له عن فضيل بن عياض عن منصور عن إبراهيم عن علقمة عن ابن مسعود قال : وما أظنه حفظه . فقد جزم الشافعى أن طرق هذا الحديث عن ابن مسعود ليس فيها شىء موصول ورواه أيضاً النسائى والبيهقى والحاكم من طريق عبدالرحمن ابن قيس بالإسناد الذى رواه عنه أبو داود كما سلف ، وصححه من هذا الوجه الحاكم ، وحسنه البيهقى ، ورواه عبد الله بن أحمد فى زيادات المسند من طريق القاسم بن عبد الرحمن عن جده بلفظ : إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة ، ولا بينة لأحدهما تحالفا ، ورواه من هذا الوجه الطبرانى والدارمى ، وقد انفرد بقوله : والسلعة قائمة ، محمد بن أبى ليلى وهو ضعيف لسوء حفظه .

قال الخطابى : إن هذه اللفظة يعنى : والسلعة قائمة ، لا تصح من طريق النقل مع احتمال أن يكون ذكرها من التغليب ، لأن أكثر ما يعرض النزاع حال قيام السلعة ، كقوله تعالى (فى حجوركم) ولم يفرق أكثر الفقهاء بين القائم والتالف انتهى .

قال ابن عبد البر إن هذا الحديث منقطع إلا أنه مشهور الأصل عند جماعة تلقوه بالقبول ، وبنوا عليه كثيراً من فروعه ، وأعله ابن حزم بالانقطاع وتابعه عبد الحق ، وأعله ابن القطان بالجهالة فى عبد الرحمن وأبيه وجده .

وقال الخطابي : هذا حديث قد اصطلح الفقهاء على قبوله ، وذلك يدل على أن له أصلا وإن كان فى إسناده مقال ، كما اصطلحوا على قول : لا وصية لوارث وإسناده فيه ما فيه اه .

أما لغات الفصل : فقوله (جنبته) أى جانبه . و (البضع) بضم الباء الموحدة وسكون الضاد المعجمة وجمعه أبضاع مثل قفل وأقفال يطلق على الفرج والجماع وقيل البضع مصدر أيضاً مثل السكر والسكر . وأبضعت المرأة إبضاعا زوجتها وتستأمر النساء فى أبضاعهن ، ويقال ملك بضعها أى جماعها ، والبضاع الجماع وزنا ومعنى ، وهو اسم من باضعها مباضعة .

أما أحكام الفصل . فقد اتفق الأئمة الأربعة على أنه إذا حصل بين المتبايعين اختلاف فى قدر الثمن ولا بينة تحالفا . هذا ما وجدته من مسائل الاتفاق فى هذا الفصل .

وأما ما اختلفوا فيه ، فمن ذلك قول الإمام الشافعى إنه يبدأ بيمين البائع ، وهو ما عبر عنه المصنف بقوله . ولأن جنبته أقوى ، أما أبو حنيفة وبعض الأصحاب من الشافعية أنه يبدأ بيمين المشترى . ويبدو أن اختلاف المتبايعين يجعل كل واحد منهما يريد أن يكون له الحظ الأوفر من حكم القاضى لنفسه دون أخيه ومثل ذلك أنه إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة ، فقال البائع بعتك بعشرين ، وقال المشترى بل بعشرة
ولأحدهما بينة حكم بها وإن لم يكن لهما بينة تحالفا وبهذا قال الشافعى وأبو حنيفة ومالك فى رواية عنه ، وشريح ، وفى رواية عن مالك القول قول المشترى مع يمينه وبه قال أبو ثور وزفر ، لأن البائع يدعى عشرة زائدة ينكرها المشترى ، والقول قول المنكر . وقال الشعبى القول قول البائع أو يترادان .

قال ابن قدامة فى المغنى ويحتمل أن يكون معنى القولين واحداً ، وأن القول قول البائع مع يمينه ، فإذا حلف فرضى المشترى بذلك أخذ به ، وان أبى حلف أيضا وفسخ البيع بينهما ، لأن فى ألفاظ حديث ابن مسعود أن النبى (ص) قال « إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة ، ولا بينة لأحدهما تحالفا » ولأن كل واحد منهما مدع ومدعى عليه ، فإن البائع يدعى عقداً بعشرين ينكره المشترى ،

والمشترى يدعى عقداً بعشرة ينكره البائع ، والعقد بعشرة غير العقد بعشرين فشرعت اليمين فى حقهما .

قال الرملى فى نهاية المحتاج شرح المنهاج عند الاختلاف فى قدر الثمن أو صفة المبيع : والأصح تصديق البائع أو الأجل بأن أثبته المشترى ونفاه البائع أو قدره كشهر أو شهرين ، أو قدر المبيع كمد من هذه الصبرة ، مثلا بدرهم ، فيقول : بل مدين ولا بينة لأحدهما يعول عليها ، فشمل ما لو أقام كل بينة وتعارضتا لإطلاقهما أو إطلاق أحدهما فقط ، أو لكونهما أرختا بتاريخين متفقين تحالفا ، لخبر مسلم (اليمين على المدعى) وكل منهما مدع ومدعى عليه اه .

وأما ما استند اليه القائلون بعدم التحالف كابن المقرى فى بعض نسخ الروض من إمكان الفسخ فى زمنه فقد رد بأن التحالف لم يوضع للفسخ بل عرضت اليمين رجاء أن ينكل الكاذب فيتقرر العقد بيمين الصادق .

فإذا اختلفا فى الصحة أو العقد هل هو بيع أو هبة فلا تحالف كما سيأتى من كلام المصنف ، فإذا كان لأحدهما بينة قضى بها ، فإن كان لهما بينتان مؤرختان بتاريخين مختلفين فإنه يقضى بالأولى منهما ، ولو اختلفا فى الثمن أو المبيع بعد القبض مع الإقالة أو التلف الذى ينفسخ به العقد فلا تحالف ، بل يحلف مدعى النقص ، لانه غارم ، ولهذا زاد بعضهم قيداً ، وهو بقاء العقد إلى وقت التنازع احترازاً عما ذكر .

وأورد على الضابط اختلافهما فى عين المبيع والثمن معاً مثل : بعتك هذه السيارة الركوب بمائة دينار فيقول : بل النقل بمائتى دينار فلا تحالف جزما إذا لم يتواردا على شيء واحد ؛ مع أنهما اتفقا على بيع صحيح واختلفا فى كيفيته فيحلف كل على نفى ما ادعى عليه على الاصل .

قال الشافعى فى مختصر المزنى بعد أن أورد حديث ابن مسعود من طريقى سفيان ومالك الذى رواه مالك بلاغا — يعنى قال : بلغنى عن ابن مسعود إلخ . قال الشافعى ، قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه ، فإذا تبايعا عبداً فقال البائع : بألف والمشترى بخمسمائة فالبائع

يدعى فضل الثمن ، والمشـترى يدعى السلعة بأقل من الثمن ، فيتحالفان ، فان حلفامعاً قيل للمشترى : أنت بالخيار فى أخذه بألف أو رده ، ولا يلزمك ما لا تقر به ، فأيهما نكل عن اليمين وحلف صاحبه حكم له .

قال الشافعى رضى الله عنه : وإذا حكم النبى صلى الله عليه وسلم وهما متصادقان على البيع ومختلفان فى الثمن بنقض البيع ، ووجدنا الفـائت فى كل ما نقض فيه القائم منتقضاً فعلى المشترى رده إن كان قائما أو قيمته إن كان فائتا ، كانت أقل من الثمن أو أكثر .

قال المزنى : يقول : صارا فى معنى من لم يتبايع ، فيأخذ البـائع عبده قائماً أو قيمته متلفاً ، قال : فرجع محمد بن الحسن إلى ما قلنا وخالف صـاحبيه — يعنى أبا حنيفة وأبا يوسف — وقال : لا أعلم ما قالا إلا خلاف القياس والسنة . قال والمعقود إذا تناقضاه والسلعة قائمـة تناقضاه وهى فائتة ، لأن الحـكم أن يفسخ العقد فقائم وفائت سواء .

قال المزنى : ولو لم يختلفا وقال كل واحـد منهما : لا أدفع حتى أقبض فالذى أحب الشافعى من أقاويل وصفها أن يؤمر البـائع بدفع السلعة ، ويجبر المشترى على دفع الثمن من ساعته ، فان غاب وله مال أشهد على وقف ماله وأشهد على وقف السلعة ، فاذا دفع أطلق عنـه الوقف . وإن لم يكن له مال فهذا مفلس والبائع أحق بسلعته ولا يدع الناس يتمانعون الحقوق وهو يقدر على أخذها منهم اه .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ ويجب أن يجمع كل واحـد منهما فى اليمين بين النفى والإثبات ، لأنه يدعى عقداً وينكر عقداً ، فوجب أن يحلف عليهما ، ويجب أن يقدم النفى على الاثبات . وقال أبو سعيد الاصطخرى : يقدم الاثبات على النفى كما قدمنا الاثبات على النفى فى اللعـان ، والمذهب الأول . لأن الأصل فى اليمين أن يبدأ بالنفى ، وهى يمـين المدعى عليه ، فوجب أن يبدأ ههنا أيضا بالنفى ، ويخالف اللعان فانه لا أصل له فى البداية بالنفى ، وهل يجمع بين النفى والاثبات بيمين واحدة أم لا ؟ فيه وجهان .

أحدهما : يجمع بينهما بيمين واحدة ، وهو المنصوص فى الأم ، لأنه أقرب إلى فصل القضاء . فعلى هذا يحلف البائع أنه لم يبع بألف ، ولقد باع بألفين ويحلف المشترى أنه ما اشترى بألفين ولقد اشترى بألف ، فان نكل المشترى قضى للبائع وإن حلف فقد تحالفا .

والثانى أنه يفرد النفى بيمين والاثبات بيمين ، لانه دعوى عقد وإنكار عقد فافتقر الى يمينين ، ولأنا اذا جمعنا بينهما بيمين واحدة حلفنا البائع على الاثبات قبل نكول المشترى عن يمين النفى ، وذلك لا يجوز . فعلى هذا يحلف البائع أنه ما باع بألف ، ثم يحلف المشترى أنه ما ابتاع بألفين ، فان نكل المشترى حلف البائع أنه باع بألفين ، وقضى له ، فان حلف المشترى حلف البائع أنه باع بألفين ثم يحلف المشترى أنه ابتاع بألف . فان نكل قضى للبائع ، وان حلف فقد تحالفا

(الشرح) هذا الفصل بين كيفية اليمين ومضمونها لان كل واحد من المتبايعين ينطوى موقفه على حالتى اثبات ونفى ومن ثم ينبغى أن يكون حلفه مشتملا على أركان الدعوى من اثبات ونفى فمثلا المبتدىء باليمين يحلف ما بعته بعشرة وانما بعته بعشرين ، فان شاء المشترى أخذه بما قال البائع ، والا يحلف ما اشتريته بعشرين ، وانما اشتريته بعشرة وبهذا قال الشافعى فى الام .

وقال أبو حنيفة يبتدىء بيمين المشترى لأنه منكر واليمين فى جنبته أقوى ولأنه يقضى بنكوله وينفصل الحكم ، وما كان أقرب الى فصل الخصومة كان أولى .

ولنا قول النبى صلى الله عليه وسلم « فالقول ما قال البائع » وفى لفظ « ما قال البائع . والمشترى بالخيار » رواه أحمد ومعناه ان شاء أخذ وان شاء حلف ولان البائع اقوى جنبة . لانهما اذا تحالفا عاد المبيع اليه . فكان أقوى كصاحب اليد وقد بينا أن كل واحد منهما منكر من وجه فيتساويان فى هذا الوجه . والبائع اذا نكل فهو بمنزلة نكول المشترى يحلف الآخر ويقضى له فهما سواء .

واذا حلف البائع فنكل المشترى عن اليمين قضى عليه . وان نكل البائع حلف المشترى وقضى له . وان حلفا جميعا لم ينفسخ البيع لأن العقد صحيح .

والتحالف لا يفسخ العقد ، كما لو أقام كل واحد منهما بينة بما ادعاه ، لكن إن رضى أحدهما بما قال صاحبه أقر العقد بينهما ، وإن لم يرضيا فلكل واحد منهما الخيار . أما على المذاهب تفصيلا فهل يستحب الحلف من البائع أولا أم المشترى على أربعة أقوال (أصحها) يبدأ فى اليمين بالبائع لأن جانبه أقوى بعود المبيع الذى هو المقصود بالذات اليه بالفسخ الناشىء عن التحالف . ولأن ملكه على الثمن قد تم بالعقد ، وملك المشترى على المبيع لا يتم إلا بالقبض ، ولأنه يأتى بصورة العقد ، وصورة المسألة أن المبيع معين والثمن فى الذمة ، ومن ثم بدىء بالمشترى فى عكس ذلك لأنه أقوى حينئذ ، ويخير الحاكم بالبداءة بأيهما أداه اليه اجتهاده فيما إذا كانا معينين أو فى الذمة . والزوج فى الصداق كالبائع ، فيبدأ به لقوة جانبه ببقاء التمتع له ، ولأن أثر التحالف يظهر فى الصداق إلا فى البضع وهو باذله فكان كبائعه . والخلاف فى الاستحباب لحصول المقصود بكل تقدير (الثانى) يبدأ فى اليمين بالمشترى لقوة جانبه بالمبيع : وهو قول أبى حنيفة ووجه عند الأصحاب باعتبار أن رب السلعة فى الحال هو المشترى؛ وللحديث : فالقول ما يقول رب السلعة .

(الثالث) يتساويان لأن كل واحد منهما مدع ومدعى عليه ، فلا ترجيح فيتخير الحاكم فيمن يبدأ به منهما

(الرابع) يقرع بينهما فمن قرع بدىء به . وذلك لأن القرعة سبيل لحسم النزاع عند التشاح .

قال الغزالى فى الوجيز : أما كيفية اليمين فالبداءة بالبائع ؛ وفى السلم بالمسلم اليه وفى الكتابة بالسيد . لأنهما فى رتبة البائع . وفى الصداق بالزوج لأنه فى رتبة بائع الصداق، وأثر التحالف يظهر فيه لا فى البضع . وقيل انه يبدأ بالمشترى وهو مخرج ، وقيل يتساويان فيقدم بالقرعة أو برأى القاضى . اه

وفى كيفية اليمين أقوال :

(أحدها) أن يجمع بين النفى والإثبات بيمين واحدة مطلقا ؛ والصيغة التى اتفقوا عليها أن يقول : والله ما بعت بكذا ولقد بعت بكذا . ويقول المشترى : والله ما اشتريت بكذا ، ولقد اشتريت بكذا ؛ أو يأتى بلفظ (وإنما) بدل (ولقد)

وأباه بعضهم لما فيه من إيهام اشتراط الحصر ، وفى رأى شمس الدين الرملى - وهو الملقب بالشافعى الصغير - لا يكفى قوله ما بعت إلا بكذا ، لأن الأيمان لا يكتفى فيها باللوازم ، بل لا بد من الصريح . لأن فيها نوعا من التعبد ، ومن هنا كان قولا ثانيا وهو :

(ثانيها) أن يبدأ بالنفى ثم الاثبات بيمين واحدة لكليهما

(ثالثها) أن يبدأ بالإثبات ثم بالنفى بيمين واحدة لكليهما ، لأنه دعوى عقد وإنكار عقد فافتقر إلى يمينين

(رابعها) أن يبدأ بالنفى بيمين ثم بالاثبات بيمين أخرى ، وهو المستحب فى قول الرملى فى نهاية المحتاج (خامسها) أن يبدأ بالاثبات بيمين ثم بالنفى بيمين أخرى

(سادسها) أن يبدأ بما شاء منهما بيمين والآخر بيمين أخرى

والصواب أن يبدأ القاضى - إذا ترافعا اليه أو أحدهما - بيمين البائع وحسبه فى ذلك أن يقول والله ما بعت بكذا ولقد بعت بكذا ، والله تعالى أعلم

على أن الاختلاف يشمل المبيع والثمن ؛ لأن قوله إذا اختلف المتبايعان مع حذف المتعلق مشعر بالتعميم فى مثل هذا المقام ، على ما قرره علماء المعانى ، فيعم الاختلاف فى المبيع وفى الثمن وفى كل أمر فرجع اليهما ، وفى سائر الشروط المعتبرة ، والتصريح بالاختلاف فى الثمن فى بعض الروايات ، كما وقع فى أحاديث الباب لا ينافى هذا العموم المستفاد من الحذف

وفى حديث ابن مسعود عند أحمد « فالقول مايقول صاحب السلعة » وصاحب السلعة هو البائع كما وقع التصريح به فى سائر الروايات ، فلا وجه لما روى عن البعض من أن رب السلعة فى الحال هو المشترى

والاختلاف بين المتبايعين فى أمر من أمور العقد لا علاج له إلا يمين البائع فإذا حلف المشترى فقد تحالفا ولا يكون لهما خلاص من هذا النزاع الا التفاسخ

على أن سبب الاختلاف بين الفقهاء هو قوله صلى الله عليه وسلم « البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه » لأنه يدل بعمومه . على أن اليمين على المدعى عليه والبينة على المدعى من غير فرق بين أن يكون أحدهما بائعاً والآخر مشترياً

أو لا . وحديث ابن مسعود يدل على أن القول قول البائع مع يمينه والبينة على المشترى من غير فرق بين أن يكون البائع مدعياً أو مدعى عليه ، فبين الحديثين عموم وخصوص من وجه ، فيتعارضان باعتبار مادة الاتفاق . وهى حيث يكون البائع مدعياً فينبغى أن يرجع فى الترجيح الى الأمور الخارجية ، وحديث « أن اليمين على المدعى عليه » رواه أحمد ومسلم ، وهو أيضا فى صحيح البخارى فى الرهن وفى باب اليمين على المدعى عليه . وفى تفسير آل عمران . وأخرجه الطبرانى بلفظ « البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه » وأخرجه الاسماعيلى بلفظ : ولكن البينة على الطالب واليمين على المطلوب .

وأخرجه البيهقى بلفظ « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال أموال قوم ودماءهم ، ولكن البينة على المدعى واليمين على من أنكر » وهذه الالفاظ كلها فى حديث ابن عباس ممن رام الترجيح بين الحديثين لا يصعب عليه ذلك

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصــــل ﴾ وإذا تحالفا وجب فسخ البيع لأنه لا يمكن إمضاء العقد مع التحالف وهل ينفسخ بنفس التحالف أم لا . فيه وجهان (أحدهما) أنه ينفسخ بنفس التحالف كما ينفسخ النكاح فى اللعان بنفس التحالف ، ولأن بالتحالف صار الثمن مجهولا والبيع لا يثبت مع جهالة العوض فوجب أن ينفسخ (والثانى) أنه لا ينفسخ إلا بالفسخ بعد التحالف وهو المنصوص لأن العقد فى الباطن صحيح لأنه وقع على ثمن معلوم فلا ينفسخ بتحالفهما ، ولأن البينة أقوى من اليمين . ثم لو أقام كل واحد منهما بينة على ما يدعيه لم ينفسخ البيع ، فلأن لا ينفسخ باليمين أولى . وفى الذى يفسخه وجهان (أحدهما) أنه يفسخه الحاكم لأنه مجتهد فيه فافتقر إلى الحاكم كفسخ النكاح بالعيب (والثانى) انه ينفسخ بالمتعاقدين لأنه فسخ لاستدراك الظلامة فصح من المتبايعين كالرد بالعيب

(الشرح) قوله « واذا تحالفا وجب فسخ البيع » لسبق قولنا إنه يشترط التراضى المنصوص عليه فى قوله عز وجل « عن تراض منكم » ولقولنا : والاختلاف بين المتبايعين فى أمر من أمور العقد لا علاج له إلا يمين البائع ،

فإذا حلف البائع ثم حلف المشترى فلا يكون لهما مناص من التفاسخ ليخرجا من مخارج النزاع . ولكن هل ينفسخ بنفس التحالف أم لا ؟ وجهان

(أحدهما) أنه ينفسخ بنفس التحالف لأنه ذروة النزاع المفضى إلى الفسخ كما ينفسخ النكاح فى اللعان بنفس التحالف ، واللعان من العقود التى تفسخ بالتحالف فيقع الفسخ ظاهراً وباطناً ، لأنه فسخ لاستدراك الظلامة ، ولأن الثمن بعد التحالف صار متردداً بين ادعاءى كل من المتبايعين مما يسبغ عليه جهالة تخل بالعقد خللا ينقضه ، لأن الثمن حينئذ يصير مجهَّلا لا مجهولا ، لأنه معلوم عندهما باطناً . ولكن عراه التجهيل باختلافهما عليه إن كان الاختلاف فى مقدار الثمن . وكذلك اختلافهما فى مقدار المبيع كما سيأتى إن شاء الله تعالى ، ولأن الثمن عوض عن المبيع فلا يثبت العقد مع جهالة الثمن

(والثانى) أنه لا ينفسخ بمجرد التحالف ولكن بفسخه قصداً بعده ، وهو المنصوص فى المذهب .

قال المزنى فى المختصر فى باب اختلاف المتبايعين : والمعقول إذا تناقضاه والسلعة قائمة تناقضاه وهى فائتة لأن الحكم أن يفسخ العقد فقائم وفائت سواء .

ولنا أن العقد لا ينفسخ بنفس التحالف ، لأن كل واحد منهما يقصد بيمينه اثبات الملك فلم يجز أن تكون موجبة لفسخ الملك لأنهما ضدان

فعلى هذا لو فسخه المتبايعان فأيهما فسخ صح اعتباراً بفسخ العيوب التى تكون موقوتة على المتعاقدين دون غيرهما

والوجه الثانى : أن الفسخ لا يقع إلا بفسخ الحاكم كالفسخ بالعنة وعيوب الزوجين لأنها عن اجتهاد .

فعلى هذا لو فسخه المتبايعان لم ينفسخ حتى يفسخه عليهما الحاكم بعد تحالفهما عنده ، وتخيير كل منهما فى قبول قول الآخر . فإن قبل صح البيع

قال الشافعى فى الأم فيما يتعلق باختلاف المتبايعين :

« وإذا تبايع الرجلان عبداً وتفرقا بعد البيع ثم اختلفا ، فقال البائع : بعتك على أنى بالخيار ثلاثاً . وقال المشترى بعتنى ولم تشترط خياراً تحالفا : وكان المشترى بالخيار فى فسخ البيع ، أو يكون للبائع الخيار وهذا والله أعلم كاختلافهما

فى الثمن ، نحن ننقض البيع باختلافهما بالثمن وننقضه بادعاء هذا أن يكون له الخيار . وأنه لم يقر بالبيع إلا بخيار ، وكذلك لو ادعى المشترى الخيار كان القول فيه هكذا . اه

ومرادنا من سوق هذا النص : قوله رضى الله عنه : نحن ننقض البيع باختلافهما بالثمن . والنقض هنا نقض الظاهر ، أما النقض فى الباطن فلا ؛ لأنه يمكن أن يتراضيا بغير عقد جديد فيمضى العقد على سننه . وذلك هو قول المصنف (لأن العقد فى الباطن صحيح) قوله « ولأن البينة أقوى من اليمين » لأنها مقدمة عليه ولأنه بقيامها لا يسوغ اليمين لأن وسائل الإثبات إذا كانت كتابية ومهورة بخاتم أو توقيع البائع أو المشترى أو كليهما كان لا محل لليمين هنا

ولأن العقد وقع بين المتبايعين بالقواعد العامة المقررة شرعا من التراضى بين ذوى أهلية للتعاقد ، ويكفينا أن نقول : انه يجب أن يقع التراضى على الأمور الثلاثة وهى : ماهية العقد ، والمبيع ، والثمن

فيجب لانعقاد البيع أن تتجه الارادتان إلى البيع والشراء . أما إذا لم تتقابل الإرادتان فى هذا المعنى بأن قصد أحد المتبايعين البيع والثانى عقداً آخر لم ينعقد عقد بيع ولا عقد آخر ، وإذا قصدا معاً إلى عقد آخر غير البيع طبقت أحكام هذا العقد ولو سمياه بيعاً .

ومن هنا كان اتفاق الارادتين على الشيء المبيع ذاته ، كان العقد صحيحا باطنا وظاهراً ، فإذا اختلفا فقد أخلا بظاهره دون باطنه لسبق التقاء إرادتيهما على عقده . أما اذا كانت هناك بينة ثم اختلفا وترافعا إلى القاضى ؛ فإن القاضى يفسر بحكمه إرادة المتعاقدين ، فإذا تعذر على القاضى ذلك لعدم توفر الخصائص الذاتية المميزة للتعاقد بموجب البينة المقدمة إليه ، كما لو كانت وثيقة مزورة ، أو شهادة مفتعلة ، أو أمارات لا ينتهض لإقناعه بتوفر العناصر الاساسية للعقد واستحال على القاضى إعطاء الوصف الشرعى لصحة العقد أمر بفسخه ، وهل يأمر بفسخه على الفور ؟ أم على التراخى ؟

الصحيح أنه إذا خشى تلف المبيع . أو فوات مصلحة تتعلق بنفوقه أو كساده كان قضاؤه على الفور . أما إذا ترتب على التراخى عدم ما ذكرنا مع توقع تقدم أحد

طرفى النزاع أو كليهما بالبينة أو (المستندات) كان له إصدار الحكم مع توقيت حينه بتأجيل النطق به إلى الوقت المناسب مناسبة مطابقة لجميع الاحوال مع انتفاء المضارة . وغنى عن البيان أن عوض المبيع لا يشترط أن يكون نقداً مع الرجوع إلى أحكام الربويات التى مرت المصنف والشارحين النووى والسبكى رحمهما الله .

ورجح ابن الرفعة أن لا يكون فسخ القاضى على الفور ، ولا يشكل عليه ما مر من إلحاقه بالعيب وبقاء المنازعة ، فقد يفرق بأن التأخير غير مشعر بالرضا للاختلاف فى وجود المقتضى بخلافه . ومنازعة الاسنوى فى قياس ماتقرر على الاقالة الذى نقله المزنى والبويطى وأقراه . بأن كلا لو قال ـ ولو بحضور صاحبه بعد البيع : فسخته ، لم ينفسخ ولم يكن إقالة ، اذ لا تحصل الا ان صدرت بإيجاب وقبول ، بشرطه المار مردودة بأن تمكين كل بعد التحالف من الفسخ كتراضيهما به . أى بلفظ الاقالة ، فالقياس صحيح ، وأن لكل الابتداء بالفسخ ، وبه صرح الرافعى على ما سيأتى

قال الرملى فى النهاية ، وهو الملقب بالشافعى الصغير ، رحمه الله تعالى :

واذا تحالفا فالصحيح أن العقد لا ينفسخ بنفس التحالف ، لأن البينة أقوى من اليمين . وللخبر الثانى فإن تخييره فيه بعد الحلف صريح فى عدم الانفساخ به ولو أقام كل منهما بينة لم ينفسخ ، فبالتحالف أولى . بل ان أعرضا عن الخصومة أعرض عنهما ولا ينفسخ ، وان تراضيا على ما قال أحدهما أقر العقد وينبغى للحاكم ندبهما للتوافق ما أمكن . ولو رضى أحدهما بدفع ما طلبه صاحبه أجبر الآخر عليه . والا بأن لم يتفقا على شىء واستمرا على النزاع : فيفسخانه أو أحدهما ، لأنه فسخ لاستدراك الظلامة ، فأشبه الفسخ بالعيب ، أو الحاكم لقطع المنازعة .

ثم فسخ الحاكم والصادق منهما ينفذ ظاهراً وباطنا كالاقالة ، وغيره ينفذ ظاهراً فقط .

ورجح ابن الرفعة عدم وجوب الفور هنا ؛ ولا يشكل عليه ما مر من الحاقه

بالعيب ، فقد يفرق بأن التأخير غير مشعر بالرضا للاختلاف فى وجود المقتضى ثم .

قال : وقيل انما يفسخه الحاكم لأنه مجتهد فيه كالفسخ بالعنة ، وكأنهم اقتصروا فى الكتابة على فسخ الحاكم احتياطا لسبب العتق المتشوف اليه الشارع وبعده أيضا على أوجه الوجهين لبقاء ملكه ، بل قضية تعليلهم جوازه بعد الفسخ اذا لم يزل به ملك المشترى وهو كذلك

على أن لليمين فوائد :

(منها) تخويف المدعى عليه سوء عاقبة الحلف الكاذب ، فيحمله ذلك على الاقرار بالحق .

(ومنها) القضاء عليه بنكوله عنها على ما قدمنا من القضاء عليه اذا نكل عن اليمين .

(ومنها) انقطاع الخصومة والمطالبة فى الحال ، وتخليص كل من الخصمين من ملازمة الآخر ، ولكنها لا تسقط الحق ، ولا تبرىء الذمة باطنا ولا ظاهرا فلو أقام المدعى بينة بعد حلف المدعى عليه ، سمعت وقضى بها ، وكذا لو ردت اليمين على المدعى فنكل [1] ، ثم أقام المدعى بينة ، سمعت وحكم بها

(ومنها) اثبات الحق بها اذا ردت على المدعى أو أقام شاهداً واحداً .

(ومنها) تعجيل عقوبة الكاذب المنكر لما عليه من الحق ، فإن اليمين الغموس تدع الديار بلاقع ، فيشتفى بذلك المظلوم عوض ما ظلمه بإضاعة حقه .

---

(١) نكل عن الشىء امتنع عنه خوفا أو جبنا ، ومشروعية اليمين هنا لحكمة كبرى ، وهى اعطاء المتخاصمين فرصة من الوقت يراجع فيها ضميره اذا كان على غير الحق .

ومنها أن تشهد قرائن الحال بكذب المدعى ، فمذهب مالك أنه لا يلتفت الى دعواه ، ولا يحلف له ، وهذا اختيار الإصطخرى من الشافعية ، ويخرج على مذهب أحمد مثله ، وذلك مثل أن يدعى الدنىء استئجار أمير أو ذى هيئة وقدر لعلف دوابه ، وكنس بابه ، ونحو ذلك .

وروى عن شيخ الاسلام ابن تيمية أنه كان عند نائب السلطان فى دمشق (١) بجاس الى جانبه ، فادعى بعض الحاضرين أن له قبل ابن تيمية وديعة ، وسأل اجلاسه معه واحلافه فقال لقاضى المالكية — وكان حاضراً — أتسوغ هذه الدعوى ؟ وتسمع ؛ فقال : لا ، فقال ابن تيمية : فما مذهبك فى مثل ذلك ، قال تعزير المدعى .

قال ابن تيمية : فاحكم بمذهبك ، فأقيم المدعى وأخرج .

﴿ فرع ﴾

اذا أقيمت الدعوى وقدمت البينة لا ينفسخ العقد الا بصدور حكم القاضى بالفسخ وهنا كان عدم انفساخه باليمين أولى .

وقوله : وفى الذى يفسخه وجهان ، وعند الحنابلة طريقان .

أولهما : وهو الأصح عند الشافعى وأصحابه أن الذى يفسخه هو الحاكم لانه مجتهد فيه ، أعنى لأن أمر النزاع محل اجتهاد فافتقر الى من يبذل وسعه ؛ ومن يبلغ بعلمه واحاطته تغطية عناصر النزاع ، ومن هنا افتقر أمر الفسخ الى الحاكم كما يفتقر فسخ النكاح بالعيب اليه .

قال ابن قدامة فى المغنى :

ويحتمل أن يقف الفسخ على الحاكم ؛ وهو ظاهر مذهب الشافعى ، لأن العقد صحيح وأحدهما ظالم ، وانما يفسخه الحاكم لتعذر امضائه فى الحكم ،

---

(١) كانت مصر والشام والحجاز واليمن يحكمها سلطان واحد مقره فى القلعة بمصر وله نائب على دمشق ونائب على حلب ونائب على الحجاز ونائب على اليمن وذلك على عهد المماليك الأيوبيه وهم أبناء قلاوون .

فأشبه نكاح المرأة اذا زوجها الوليان ، وجهل السابق منهما اه .

وأما الوجه الثانى على المذهب أو الطريق الأصح عند أحمد فهو أن يفسخه المتعاقدان ، لأنه يقع منهما صحيحا كالرد بالعيب ، وكل ما كان فيه استدراك للظلامة وهو ظاهر الحديث واذعان له « أو يترادان البيع » وظاهره استقلالهما بذلك ، وفى قصة بيع ابن مسعود الاشعث بن قيس رقيقا من رقيق الامارة ، فقال عبد الله : بعتك بعشرين ألفا . فقال الاشعث اشتريت منك بعشرة آلاف فقال عبد الله سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « اذا اختلف البيعان وليس بينهما بينة ، والمبيع قائم بعينه ، فالقول قول البائع. أو يترادان البيع » قال فإنى أرد البيع ، رواه سعيد بن منصور عن هشيم عن ابن أبى ليلى عن عبد الرحمن ابن القاسم عن ابن مسعود ، ومن هنا لا يتوقف ذلك على فسخ الحاكم . الا اذا لجأ أحدهما الى المرافعة لديه .

وحديث عبد الملك بن عبيدة قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اذا اختلف المتبايعان استحلف البائع ، ثم كان المشترى بالخيار ، ان شاء أخذ وان شاء ترك » وهذا ظاهر عند الحنابلة فى أنه يفسخ من غير حاكم ، لانه جعل الخيار اليه ، فأشبه من له خيار الشرط أو الرد بالعيب ، ولانه هنا لا يشبه النكاح لان لكل واحد من الزوجين الاستقلال بالطلاق .

ويمكن أن يرد على مفهوم هذين الخبرين على هذا النحو بما يأتى :

أولا : ان متعلق النزاع بين ابن مسعود والأشعث هو رقيق الامارة ، والامارة كانت لعبد الله بن مسعود ، فكان هو بمثابة القاضى الذى طبق النص ، وأوضحه لصاحبه ، اذ لم يكن بهما من حاجة الى حاكم وصاحب الشأن ، حاكم ثقة يحمل الدليل اللاحب فلا يفيد الخبر استقلال المتبايعين بالفسخ عند التحالف وليس نصا قاطعا فى هذا المفهوم .

ثانيا : خبر عبد الملك بن عبيدة لا يفيد ذلك أيضا — أعنى ليس دليلا على استقلال المتبايعين بالفسخ دون الرجوع الى القاضى — فان الخبر ينص بمنطوقه ومفهومه أيضا على عكس ذلك ، فقوله (استحلف) دليل على طلب الحلف

المستفاد من اليمين والنماء ، ولا يكون الطلب إلا من غيرهما ، وليس سوى الحاكم هو الذى يستحلف البائع والله أعلم .

﴿ مسئلة ﴾ قال الشافعى فى باب المكاتب : إذا اختلف الزوجان فى المهر وتحالفا بدأت بالزوج اه .

قلت : وهذا مخالف لقاعدة البدء بالبائع لأن الزوج يحل محل المشترى .

وقال الشافعى فى كتاب الدعوى والبينات وآداب القضاء : إن بدأ البائع باليمين خير المشترى ، وإن بدأ بها المشترى خير البائع ،

قلت : وهذا يدل على أن للحاكم تقديم أيهما شاء . ولعل أقوال الشافعى فى الأم جعلت الأصحاب يخرجون المسئلة على الأقاويل الثلاثة المعروفة ،

أحدها : ان يبدأ الحاكم بإحلاف البائع لانه أقوى جانبا .

والثانى : بإحلاف المشترى لانه أقوى جانبا لمشابهته الزوج .

والثالث : وهو أصح الاقوال عند الاصحاب أن الحاكم يبدأ بإحلاف البائع قبل المشترى ويمكن أن يجاب عن اختلاف الاقاويل بأن ظاهر النص فى البيوع بإحلاف البائع قبل المشترى وظاهر النص فى الصداق بإحلاف الزوج قبل الزوجة ، والفرق بينهما أن تحالفهما فى البيع يرد المبيع إلى يد بائعه فبدىء بإحلافه ، وتحالفهما فى المهر لا يرفع ملك الزوج عن البضع ، وهو بعد التحالف على ملكه فبدىء بإحلافه .

وأما ما قاله الشافعى فى الدعوى والبينات فإنما أراد به أن الحاكم إن أداه اجتهاده إلى تقديم المشترى جاز ، وإن أداه اجتهاده الى تقديم البائع جاز ، لان تقديم أحدهما طريقه الاجتهاد دون النص ، فجاز أن يؤدى الاجتهاد الى تقديم كل واحد منهما ، وليس كاللعان الذى ورد النص بتقديم الزوج ولا يجوز خلافه

فإذا ثبت أن يبدأ بيمين البائع على ماشرحنا من المذهب فهل تقديمه فى اليمين من طريق الاولى الى طريق الاستحقاق ؟ على وجهين .

أحدهما : أن تقديمه على طريق الاستحقاق ، فإن قدم عليه المشترى لم يجز الا أن يؤدى اجتهاد الحاكم الى ذلك .

والوجه الثاني : تقديمه على طريق الاولى ، فإن قدم عليه المشترى جاز وان لم يؤده اجتهاده اليه ولان الحاكم منصوبا لاستيفاء الحقوق وقطع التخاصم ، ولانه مجتهد ، يجب تسليم المبيع والثمن اليه حتى اذا قضى بينهما سلم المبيع اما الى المشترى واما رده الى بائعه وسلم الثمن اما الى البائع واما رده الى المشترى .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ واذا فسخ أو انفسخ فهل ينفسخ ظاهراً وباطنا أم لا فيه ثلاثة أوجه ، أحدها ينفسخ ظاهراً وباطنا لأنه فسخ بالتحالف فوقع ظاهراً وباطناً كفسخ النكاح باللعان ، ولأنه فسخ بيع لاستدراك الظلامة فصح ظاهراً وباطناً كالرد بالعيب .

والثاني : أنه ينفسخ فى الظاهر دون الباطن ، لأن سبب الفسخ هو الجهل بالثمن ، والثمن معلوم فى الباطن مجهول فى الظاهر ، فلما اختصت الجهالة بالظاهر دون الباطن اختص البطلان بالظاهر دون الباطن .

والثالث : أنه ان كان البائع هو الظالم وقع الفسخ فى الظاهر دون الباطن ، لانه يمكنه أن يصدق المشترى ، ويأخذ منه الثمن ، ويسلم اليه المبيع ، فإذا لم يفعل كان ممتنعا من تسليم المبيع بظلم ، فلم ينفسخ البيع ، وان كان البائع مظلوما انفسخ ظاهراً وباطنا ، لأنه تعذر عليه أخذ الثمن ، ووجد عين ماله فجاز له أن يفسخ ويأخذ عين ماله ، كما لو أفلس المشترى ووجد البائع عين ماله . فإن قلنا : ان الفسخ يقع فى الظاهر والباطن عاد المبيع الى ملك البائع والى تصرفه . وان قلنا : ان الفسخ فى الظاهر دون الباطن نظرت ، فان كان البائع هو الظالم لم يجز له قبض المبيع والتصرف فيه ، بل يلزمه أن يأخذ ما أقر به المشترى من الثمن ويسلم المبيع اليه . وان كان مظلوما لم يجز له التصرف فى المبيع بالوطء والهبة ، لأنه على ملك المشترى ، ولكن يستحق البائع الثمن فى ذمة المشترى ، ولا يقدر على أخذه منه فيبيع من المبيع بقدر حقه ، كما تقول فيمن له على رجل دين لا يقدر على أخذه منه ووجد شيئا من ماله .

(الشرح) العقد له ظاهر وهو الايجاب والقبول والتقابض من الماديات الظاهرة أما الباطن فهو التقاء ارادة كل من المتبايعين ؛ ووجود العلم بحقيقة النزاع ولكن فى ضمير كل منهما . ومن هنا اذا انفسخ العقد بصورة مما أسلفنا فهل ينفسخ ظاهرا وباطنا ؟ أم ظاهرا فقط ؟ على ثلاثة أوجه عند الشافعية ، ووجهان عند أصحاب أحمد ، ووجه عند أحمد .

أولها : ينفذ الفسخ ظاهرا وباطنا بهذا التحالف ، كفسخ النكاح باللعان . ولأنه فسخ بيع لاستدراك الظلامة فوقع ظاهراً وباطنا وهو كالرد بالعيب . أو فسخ عقد بالتحالف . وهذا الوجه هو ظاهر كلام أحمد بن حنبل .

ثانيها : ينفذ الفسخ فى الظاهر دون الباطن لان سبب الفسخ هو الجهل بالثمن والثمن معلوم فى ضميرهما مجهول فى الظاهر . ولأن انفساخ العقد سببه الجهالة بالثمن . ولان الجهالة قاصرة على الظاهر دون الباطن انحصر الانفساخ فى ظاهر العقد واختص البطلان بالظاهر . وكان العقد فى الباطن صحيحا . وكان القاضى الذى يحاسب المتبايعين على هذا التحالف والنزاع هو الله رب العالمين .

وكأى عقد من العقود التى فى ذمة المسلم واجبة الوفاء يكون للعقد طرفان ظاهران وطرف آخر فى الباطن يعلمه الذى لا تخفى عليه خافية . ولقوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » وهو الذى يتولى جزاء الناكثين والناقضين بغير حق يسوغ لهم النقض . ولأنه لو أراد أحد طرفى النزاع أن يوافق الآخر على رأيه ويتنازل عن دعواه . فانهما لا يفتقران الى عقد جديد أو ايجاب وقبول آخرين . ومن هنا يتحرك العقد المنقدح من ضميرهما الى تنفيذ وامضاء فى الظاهر ولانه يحرم عليه أمام الله التصرف فى المبيع ان كان ظالما لصاحبه . وهذا الوجه هو وجه عند أصحاب أحمد أيضا .

قال أبو الخطاب من الحنابلة : ان كان البايع ظالما لم ينفسخ العقد فى الباطن لأنه كان يمكنه امضاء العقد واستيفاء حقه فلا ينفسخ العقد فى الباطن ولا يباح له التصرف فى المبيع لأنه غاصب . فان كان المشترى ظالما انفسخ البيع ظاهرا وباطنا لعجز البايع عن استيفاء حقه . فكان له الفسخ . كما لو أفلس المشترى .

قال الماوردى فى الحاوى(١) فى المجلد الخامس من النسخة الخطية بمصر، وهى ذات الأربعة والعشرين مجلداً بالخزانة العربية : لا يفسخ العقد بنفس التحالف لأن كل واحد منهما يقصد بيمينه إثبات الملك لأنهما ضدان؛ فعلى هذا بماذا يكون الفسخ بعد التحالف ؟ فيه وجهان

(أحدهما) أن الفسخ يكون لكل واحد من المتبايعين ، فأيهما فسخ صح اعتباراً بفسخ العيوب التى تكون موقوفة على المتعاقدين دون غيرهما

والوجه الثانى أن الفسخ لا يقع إلا بفسخ الحاكم كالفسخ بالعنة وعيوب الزوجين ، لأنها عن اجتهاد ، فعلى هذا لو فسخه المتبايعان لم ينفسخ حتى يفسخه عليهما الحاكم ، ولا يجوز للحاكم أن يفسخه بغير تحالفهما بعد عرض ذلك على كل واحد منهما ، كما يعرض على الثانى بعد تخيير الأول ، ثم يفسخه بينهما حينئذ ، فلو تراضيا بعد تحالفهما صح البيع

وهل يقع الفسخ ظاهرا أو باطنا ؟ ويقع فى الظاهر دون الباطن ، على ثلاثة أوجه (أحـــدها) أن الفسخ قد وقع ظاهرا وباطنا ، سواء كان البائع ظالما أو مظلوماً ، كالفسخ باللعان ، وكالفسخ عند تحالف الزوجين فى نكاح الولى . فإن ذلك يقع ظاهرا وباطنا ، كذلك فى البيع ، فعلى هذا إذا عادت السلعة إلى البائع كان له ان يتصرف فيها بما شاء من أنواع التصرف كما يفعل فى سائر أحواله وإن كانت جارية جاز أن يطأها

والوجه الثالث : أن الفسخ يقع فى الظاهر دون الباطن ، سواء كان البائع ظالماً أو مظلوما لأنهما يتفقان مع الاختلاف على صحة العقـــد وانتقال الملك ، وحكم الحاكم لا يحيل الأمور عما هى عليه فى الباطن لقوله صلى الله عليه وسلم « إنما أحكم بالظاهر ويتولى الله السرائر »

فعلى هذا إذا عاد المبيع الى البائع قيل له : إن كنت تعلم فيما بينك وبين الله

---

(١) المجلد الخامس من النسخة الخطية بدار الكتب تحت رقم ٨٢ فقه شافعى على أن هنـاك نسخة خطية أخرى تقع فى أربعـة عشر مجلدا تحت رقم ٨٣ وهى غير كاملة .

أنك كاذب ، وأن المشترى صادق ، فليس لك أن تتصرف فى المبيع بوجه لأنه ملك لغيرك ، وأنت غير ممنوع من ثمنه فإن تصرفت فيه كنت كمن تصرف فى ملك غيره متعديا ، وإن كنت تعلم أنك صادق وأن المشترى كاذب فالمبيع للمشترى وأنت ممنوع من ثمنه فليس لك أن تطأه إن كان المبيع جارية وأن لا تهب ، وتكون كمن له مال على غيره لا يقدر على أخذه منه أو أى شىء من ماله فيتبع السلعة لتصل إلى حقك من ثمنها وفى المتولى لبيعها ؛ والثانى تولاه الحاكم ، فإذا بيعت فإن كان الثمن بقدر حقك فلك أخذ حقك ، وإن كان أكثر من حقك فعليك رد الباقى ، وإن كان الثمن أقل من حقك فالباقى دين لك فى ذمة المشترى

والوجه الثالث : ان كان البائع مظلوما والمشترى ظالما وقع الفسخ فى الظاهر والباطن . وقد أشار الى هذا الوجه أبو إسحاق المروزى تعلقا بأن الملك للمشترى بالعقد ، وان كان لم ينتقل ملكه .

وان كان ظالما صار بالظلم مانعا من ثمنها فصار أسوأ حالا من الجنس الذى يزال ملكه بالاولى لتعذر الثمن . فكذلك هذا يزال ملكه بالظلم لتعذر الوصول الى الثمن . فعلى هذا إن كان البائع مظلوما فقد وقع الفسخ ظاهرا وباطنا وجاز للبائع اذا عادت السلعة اليه أن يتصرف كيف شاء . اه

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن اختلفا فى الثمن بعد هلاك السلعة فى يد المشترى ، تحالفا وفسخ البيع بينهما ، لأن التحالف يثبت لرفع الضرر واستدراك الظلامة ، وهذا المعنى موجود بعد هلاك السلعة ، فوجب ان يثبت التحالف ، فإذا تحالفا رجع بقيمته ومتى تعتبر قيمته ؟ فيه وجهان (أحدهما) تجب قيمته يوم التلف (والثانى) تجب قيمته أكثر ما كانت من يوم القبض إلى يوم التلف ، وقد ذكرنا دليل الوجهين فى هلاك السلعة فى البيع الفاسد ، فإن زادت القيمة على ما ادعاه البائع من الثمن وجب ذلك . وحكى عن أبى على بن خيران أنه قال : ما زاد على الثمن لا يجب ، لأن البائع لا يدعيه فلم يجب ، كما لو أقر لرجل بمالا يدعيه ، والمذهب الأول . لأنه بالفسخ سقط اعتبار السلعة ؛ فالقول قول المشترى لأنه غارم . فكان

القول قوله كالغاصب ، فإن تقايلا أو وجد بالمبيع عيبا فرده واختلفا فى الثمن . فقال البائع الثمن ألف ، وقال المشترى الثمن ألفان فالقول قول البائع ، لأن البيع قد انفسخ ، والمشترى مدع ، والبائع منكر ، فكان القول قوله

(الشرح) إذا هلكت السلعة فى يد المشترى واختلفا فى الثمن تحالفا ، ولا اعتبار باليد ، إلا أن يكون تلفها قبل القبض . أما إذا كان تلفها بعد القبض وتلفت فى يد المشترى فأبو حنيفه يرى أنه إذا تلف المبيع فى خيار الثلاث بعد لزوم العقد فالقول قول المشترى ولا تحالف لأن تلف السلعة يمنع من التحالف ويوجب قبول قول المشترى لما روى عن ابن مسعود رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : اذا اختلف المتبايعان ولا بينة لواحد منهما والسلعة قائمة تحالفا أو ترادا . فشرط التحالف بقاء السلعة فاقتضى عدم قيام التحالف مع تلف السلعة . قال ولأنه فسخ ثبت مع نقل المبيع ، فوجب أن يسقط مع تلفه كالرد بالعيب . قال ولأنه تلف عن عقد صحيح فوجب أن يبقى عند الفسخ

قال : اذا تلف المبيع فى خيار الثلاث بعد لزوم العقد ، فهل يستمر العقد أو ينفسخ ؟ قال ولأن المبيع أقبض وصار فى يد المشترى فهو مضمون على مشتريه بالثمن ، فلو جاز تحالفهما بعد الثمن لصار مضموناً عليه بالقيمة دون الثمن . وهذا مما ينافى ضمان العقد .

ولنا أن الدلالة على صحة ما ذهبنا اليه من تحالفهما مع نقل السلعة وتلفها ما روى فى الخبر :

« البينة على من ادعى واليمين على من أنكر »

وقد مر لنا بيان طرقه ودرجته وتقعيد العمل به ، وكل واحد من المتبايعين منكر ومدع ، لأن البائع يقول بعت بألف ولم أبع بخمسمائة ؛ ويقول المشترى عكس ذلك ، فكل واحد منهما يجوز أن يقيم البينة والبينة إنما تسمع من المدعى دون المنكر ، فدل على أن كل واحد منهما مدع منكر فوجب أن يتحالفا . لأن التحالف يثبت لرفع الضرر واستدراك الظلامة ، وهذا المعنى موجود بعد هلاك السلعة ، فوجب أن يثبت التحالف

ويدل على ذلك أيضاً الحديث الذى رواه الشافعى وغـيره عن ابن مسعود «إذا اختلف البيعان فالقول قول البائع ، والمبتاع بالخيـار ، ولم يفرق بين بقاء السلعة وتلفها . فإن قيل : فقد شرط بقـاء السلعة فى التحالف فى الخبر الآخر ، فصار هذا الإطلاق محمولا على ذلك التقييد ، كما حملتم إطلاق العتق فى كفارة الظهار على تقييد العتق فى كفارة القتل ، قيل : هذا ليس من المقيد الذى يحمل إطلاق جنسه عليه لأن إطلاق خبر ربما يوجب تحالفهما مع بقاء السلعة وتلفها فصار قوله : إذا اختلفا والسلعة قائمة تحالفا مع استواء الحكم فى قيامها و تلفها ، قيل : يحتمل وجوها :

أحـدها : البينة على حكم التحالف مع التلف ، لأن بقاء السلعة يمكن معه اعتبار قيمتها ، فيغلب به قول من كانت دعواه أقرب اليه ، ومع التلف لا يمكن فلما سقط اعتبار هذا وأوجب التحالف مع قيام السلعة ، كان وجوب التحالف مع تلفها أولى .

والثانى : أنه نص على بقاء السلعة ، إسقاطا لاعتبار اليد ، بخلاف مالك ، حتى إذا تحالفا مع وجوب اليد كان تحالفهما مع زوال السلعة ، لأن تلفها قد يكون مكملا للعقد ـ إذا كان قبل القبض ـ وبقاؤها ليس يبطل العقد معه ، فيتحالفان مع بقائها ، ولا يتحالفان مع تلفها .

فإن قيل : فلا دلالة لكم فى هذا الخبر لأنه جعل القول قول البـائع ، وأنتم لاتقولون به ، قيل قد جعل المشترى بعده بالخيار ؛ ومن جعل القول قول البايع على الإطلاق لم يجعل المشترى خياراً ، وإذا ثبت خيار المشترى بعد يمين البايع فخياره فى قبول السلعة بما حلف عليه البـائع ، أو يحلف بعده ، ويفسخ البيع ، وكذا نقول فى تحالفهما .

وإنما خص رسول الله صلى الله عليه وسلم البائع بالذكر لأنه المبتدىء باليمين ويدل عليه المسئلة من طريق المعنى أنه اختلاف فى صفة عقد بيع صحيح فاقتضى أن يوجب التحالف فاذا كانت السلعة قائمة ، ولأن ما يوجب فسخ العقد يستوى فيه الباقى والتالف كالاستحقاق ، ولانه فسخ لا يفتقر الى تراضيهما . فاذا صح مع تراد الأعيان صح مع تراد القيم .

وإذا اشترى عبدا بجارية وتقابضا ثم تلفت الجارية فوجد بالعبد عيبا فله رده بالعيب واسترجاع قيمة الجارية لفسخ العقد بعد تلفها كما كان له فسخه مع بقائها .

وأما الجواب عن استدلال أبي حنيفة بحديث ابن مسعود فقد مضى في معارضته الخبر الذى رواه الشافعى .

وأما الجواب عن قياسه على الرد بالعيب فالمعنى فيه أن العيب مما تلف يقدر على استدراك ظلامته بالاوفق فلم يفسخ ، وليس كذلك فى اختلافهما ، لان كل واحد منهما لا يقدر على استدراك ظلامته إلا بالتحالف ، فجاز أن يتحالفا مع التلف ، ولا وجه لقوله : إن السلعة بعد تلفها لا تقبل الفسخ ، كما لا تقبل ابتداء العقد . وإن إقالة العبد الآبق لا تصح ولا تقبل الإقاله ، كما لا يقبل ابتداء العقد ، لانه يقول فيمن ابتاع عبدا وقتل فى يد البائع إن المشترى بالخيار بين أن يفسخ ويسترجع الثمن ، أو يقيم على البيع ويأخذ من القاتل قيمة العبد ، فقد جعل العقد بعد التلف قابلا للفسخ كذلك فيما جعلناه أصلا معه من بيع العبد بالجارية اذا تلفت ووجد بالعبد عيبا أن له رده بالعيب واسترجاع قيمة الجارية لجعل العقد بعد التلف قابلا للفسخ كما قبل التلف .

وأما الجواب عن قياسهم على خيار الثلاث فحكم الاصل غير مسلم فلم نسلم .

وأما الجواب عن قولهم ان المقبوض عن البيع الصحيح مضمون بالثمن دون القيمة فهو أن هذا الاستدلال باطل بمبتاع العبد بالجارية اذا تلفت ووجد بالعبد عيبا لان الجارية قد كانت مضمونة بالعبد الذى هو الثمن ، ثم صارت بعد الفسخ بالعيب مضمونة بالقيمة دون الثمن .

ومقصد الفصل أن المتبايعين اذا اختلفا فى قدر الثمن بعد هلاك المبيع فى يد المشترى تحالفا وفسخ البيع ورجع بقيمة المبيع ان كان متقوماً ، وان كان مثليا وجب على المشترى مثله . وهذا هو قول الشافعى . ومالك وأحمد فى احدى روايتيهما ، ومتى تعتبر قيمته ، وهل يقوّم من حين قبضه . أم يقوّم من حين هلاكه ؟ وجهان .

أحدهما : يقوم ، وتجب قيمته يوم التلف . وقد مر بيان ذلك فى هلاك السلعة فى البيع الفاسد .

فإذا زادت القيمة على ماادعاه البائع من الثمن وجب ذلك خلافا لأبى على بن خيران بناء على قاعدة عدم إعطاء البائع ما ليس يدعيه وليس بمذهب .

(مسئلة) إذا كان الهلاك معنويا بأن وقف المشترى المبيع أو أعتقه أو باعه أو تعلق به حق لازم ككتابة صحيحه ـ كما سيأتى فى المكاتبة إن شاء الله تعالى ـ أو كان حسياً كأن مات لزمه قيمته إن كان متقوما ، وكثيراً ما يعبرون بالقيمة ويريدون بها البدل شرعا ، ولو تلف بعضه رد الباقى وبدل التالف وهذه القيمة هى قيمة يوم التلف فى أظهر الأقوال كما رجحه الرملى فى نهاية المحتاج ، وإن كان المصنف رحمه الله ذكر قولا ثانيا وهو وجوب قيمته أكثر ما كانت من يوم القبض الى يوم التلف .

وموضوع الفسخ العين ، والقيمة بدل عنها ، ثم تعتبر عند فوات أصلها ، وفارق اعتبارها بما ذكر اعتبارها لمعرفة الأرش بأقل قيمتى العقد والقبض ، والنظر اليها هناك لا للغرم بل ليعرف منها الأرش ، وهنا المغروم القيمة فكان اعتبار حالة الإتلاف أليق . قاله الرافعى . وجعل الرملى القول الأول للمصنف قولا ثانيا عنده فقال :

والثانى : قيمة يوم القبض لأنه يوم دخوله فى ضمانه .

والثالث : أقل القيمتين يوم العقد والقبض .

وجعل الرملى القول الثانى للمصنف قولا رابعاً فقال :

والرابع : أقصى القيم من يوم القبض إلى يوم التلف لأن يده يد ضمان فتعتبر أعلى القيم ، وإن تعيب ـ أى أصابه عيب ـ رده مع أرشه وهو ما نقص من قيمته لأن الكل مضمون على المشترى بالقيمة ، فكان بعضه مضمونا ببعضها .

(مسئلة) فرق بين اعتبار قيمة يوم التلف هنا وبين مالو باع عينا فردت عليه بعيب وقد تلف الثمن المتقوم بيد البائع فانه يضمنه بالأقل من العقد الى القبض بأن سبب الفسخ هنا حلف البائع ، فنزل منزلة إتلافه فتعين النظر ليوم التلف .

وثم الموجب للقيمة هو مجرد ارتفاع العقد من غير نظر لفعل أحد ، فتعين النظر لقضية العقد وما بعده إلى القبض .

(مسئلة) وطء الثيب ليس بعيب فلا أرش له ، وإن كان قد رهنه أى المبيع خير البائع بين أخذ قيمته أو انتظار فكاكه ، ولا ينافى ذلك ما ذكر فى الصداق أنه لو طلقها قبل الوطء وكان الصداق مرهوناً ، وقال : أنتظر الفكاك للرجوع فلها إجباره على قبول نصف القيمة لما عليها من خطر الضمان ، وقياسه هنا إجباره على أخذ القيمة ، لأنا نقول : المطلقة قد حصل لها كسر بالطلاق ، فناسب جبرها بإجابتها بخلاف المشترى وذلك للرفق بها ودفع ما أصابها من الكسر .

وإن كان قد أجره رجع فيه مؤجراً ، ولا ينتزعه من يد المكترى حتى تنقضى المدة والمسمى للمشترى ، وعليه للبائع أجرة المثل للمدة الباقية من وقت الفسخ إلى انقضائها ، ولو كان زكاة معجلة — وتعيب — فلا أرش أو جعله المشترى مثلا - صداقا - وتعيب فى يد الزوجة واختار الرجوع إلى الشطر فلا أرش فيه ، ولو دبره المشترى لم يمنع رجوع البائع أخذاً مما ذكره المصنف فى الفلس على ما سيأتى من أنه لا يمنع فيه .

قال فى الحاوى :

إذا فسخ البيع وجب رد السلعة على بائعها سواء قيل : إن الفسخ قد وقع ظاهراً وباطناً ، أو قد وقع فى الظاهر دون الباطن ، فإن كانت السلعة تالفة فلا يخلو حالها من أحد أمرين إما أن تكون مما لها مثل أو مما لا مثل لها ، فإن كانت مما لا مثل لها وجب رد قيمتها وفى اعتبار القيمة وجهان ،

أحدهما : وقت التلف . والثانى : مما كانت قيمته من وقت القبض إلى وقت التلف ، وإن اختلفا فى قدر القيمة فالقول قول المشترى مع يمينه اعتباراً بها فى ذمته ، وسواء كانت القيمة أكثر مما ادعاه البائع أو أقل لبطلان ما ادعاه واستحقاق المبيع ، وإن كانت السلعة المبيعة مما له مثل كالحنطة والشعير ففيه وجهان .

أحدهما : عليه رد مثله كالمغصوب . والثانى وهو الأصح أن عليه غرم قيمته لأنه لم يضمنه وقت القبض بالمثل ، وإنما ضمنه بالعوض دون المثل بخلاف الغصب

قال : فأما ما أخذه المشترى من المبيع قبل الفسخ من غلة أو ثمرة أو نتاج فكله على ملك المشترى لا يلزمه رد شيء منه على البائع ، لأنه كان مالكا حين استغله ، وإنما زال ملكه بما حدث من الفسخ . اه

وإن تقايلا ، وأعفى كل منهما صاحبه من التزامه ، أخذ البائع سلعته وأخذ المشترى ثمنه ، فإذا اختلفا فى الثمن : فقال البائع : الثمن ألف ، وقال المشترى ألفان فالقول قول البائع ، لأنه لا يربطهما عقد لانفساخ البيع ، فيكون المشترى بمجرد فسخ البيع مدعياً عليه البينة ، فان أتى بالبينة كان القول قوله ، فان لم تكن له بينة كان القول قول البائع لأنه منكر بيمينه .

ومثل التقايل الرد بالعيب ، وذلك إذا اختلفا فى الثمن ، فان العقد بمجرد الرد بالعيب يعد مفسوخا وينسحب على كل منهما من الوصف ماذكرناه فى التقايل فالمشترى مدع عليه البينة والمشترى منكر .

قال ابن قدامة رحمه الله :

وإذا اختلفا فى ثمن السلعة بعد تلفها فعن أحمد فيها روايتان . إحداهما : يتحالفان مثل ما لو كانت قائمة ، وهو قول الشافعى وإحدى الروايتين عن مالك والأخرى قول المشترى مع يمينه اختارها أبو بكر ، وهذا قول النخعى والثورى والأوزاعى وأبى حنيفة لقوله عليه السلام فى الحديث « والسلعة قائمة » .

فمفهومه أنه لا يشرع التحالف عند تلفها : ولأنهما اتفقا على نقل السلعة الى المشترى ، واستحقاق عشرة فى ثمنها ، واختلفا فى عشرة زائدة ، البائع يدعيها والمشترى ينكرها ، والقول قول المنكر ، وتركنا هذا القياس حال قيام السلعة للحديث الوارد فيه ، ففيما عداه يبقى على القياس .

ووجه الرواية الاولى عموم قوله « إذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع . والمشترى بالخيار » .

وقال أحمد : ولم يقل فيه والمبيع قائم إلا يزيد بن هرون ، قال أبو عبد الله وقد أخطأ رواة الحلف عن المسعودى ، لم يقولوا هذه الكلمة ، ولكنها فى حديث معن ، ولأن كل واحد منهما مدع ومنكر ، فيشرع اليمين كحال لقيام السلعة ،

وما ذكروه من المعنى يبطل بحال قيام السلعة ، فإن ذلك لا يختلف بقيام السلعة وتلفها . وقولهم تركناه للحديث . قلنا ليس فى الحديث تحالفا . وليس ذلك بثابت فى شيء من الأخبار

قال ابن المنذر . وليس فى هذا الباب حديث يعتمد عليه . اه ، وعلى أنه إذا خولف الأصل لمعنى وجب تعديته بتعدى ذلك المعنى فنقيس عليه ، بل يثبت الحكم بالبينة ، فإن التحالف إذا ثبت مع قيام السلعة مع أنه يمكن معرفة ثمنها للمعرفة بقيمتها فإن الظاهر أن الثمن يكون بالقيمة ، فمع تعذر ذلك أولى

فإذا تحالفا فإن رضى أحدهما بما قال الآخر لم يفسخ العقد لعدم الحاجة إلى فسخه ، وإن لم يرضيا فلكل واحد منهما فسخه ، كما له ذلك فى حال بقاء السلعة ، ويرد الثمن الذى قبضه البائع إلى المشترى ، ويدفع المشترى قيمة السلعة إلى البائع فإن كانا من جنس واحد وتساويا بعد التقابض تقاصا

وينبغى أن لا يشرع التحالف ولا الفسخ فيما إذا كانت قيمة السلعة مساوية للثمن الذى ادعاه المشترى ويكون القول قول المشترى مع يمينه ، لأنه لا فائدة من يمين البائع ولا فسخ البيع ، لأن الحاصل بذلك الرجوع إلى ماادعاه المشترى وإن كانت القيمة أقل فلا فائدة للبائع فى الفسخ فيحتمل أن لا يشرع له اليمين ولا الفسخ لأن ذلك ضرر عليه من غير فائدة

ويحتمل أن يشرع لتحصيل الفائدة للمشترى ، ومتى اختلفا فى قيمة السلعة رجعا الى قيمة مثلها موصوفابصفاتها ، فإن اختلفا فى الصفة فالقول قول المشترى مع يمينه لأنه غارم ، والقول قول الغارم

وان تقايلا المبيع أو رد بعيب بعد قبض البائع الثمن ثم اختلفا فى قدره فالقول قول البائع لأنه منكر لما يدعيه المشترى بعد انفساخ العقد ، فأشبه ما لو اختلفا فى القبض .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان مات المتبايعان فاختلف ورثتهما تحالفوا لأنه يمين فى المال فقام الوارث فيها مقام الموروث كاليمين فى دعوى المال ، وان كان البيع بين وكيلين

واختلفا فى الثمن ، ففيه وجهان (أحـــدهما) يتحالفان لأنهما عاقدان فتحالفا كالمالكين (والثانى) لا يتحالفان لأن اليمين تعرض حتى يخاف الظالم منهما فيرجع . والوكيل اذا أقر ثم رجع لم يقبل رجوعه فلا تثبت اليمين فى حقه

(الشرح) اعلم أن هذا الفصل يتضمن ما يقع من الاختلاف بين من يحل محل المتبايعين والحال محل المتبايعين اما أن يكون وارثا واما أن يكون وكيلا

وفى هذه الحال يقوم الوارث مقام الموروث قولا واحداً

أما الوكيلان فوجهان (أحدهما) يتحالفان كالمالكين والوارثين (والثانى) لا يتحالفان لعدم وقوع الظلم من أحدهما الآخر

وقد يموت أحد المتبايعين وله وكيل فيجرى عليه الوجهان . أو وارث فهو حال محل الموروث فى الظلامة والتحالف . فكما أن الوارث يأخذ مال موروثه فله أن يأخذ ما عساه يكون حقاً له ، ويلزمه ما عساه يصير لازماً عليه

قال المصنف رحمه الله :

﴿ فصل ﴾ وان اختلفا المتبايعان فى قدر المبيع تحالفا لما ذكرنا فى الثمن . وان اختلفا فى عين المبيع بأن قال البائع : بعتك هذا العبد بألف . وقال المشترى بل اشتريت هذه الجارية بألف ، ففيه وجهان

(أحدهما) يتحالفان لأن كل واحد منهما يدعى عقداً ينكره الآخر ، فأشبه اذا اختلفا فى قدر المبيع

(والثانى) أنهما لا يتحالفان ، بل يحلف البايع أنه ما باعه الجارية ويحلف المشترى أنه ما اشترى العبد . وهو اختيار أبى حامد الاسفراينى رحمه الله ، لأنهما اختلفا فى أصل العقد فى العبد والجارية ، فكان القول فيه قول من ينكر كما لو ادعى أحدهما على الآخر عبدا والآخر جارية من غير عقد ، فإن أقام البائع بينة أنه باعه العبد وجب على المشترى الثمن . فإن كان العبد فى يده أقر فى يده ، وان كان فى يد البائع ففيه وجهان (احدهما) يجبر المشترى على قبضه ، لأن البينة قد شهدت له بالملك (والثانى) لا يجبر لأن البينة شهدت له بما لا يدعيه ، فلم يسلم اليه ، فعلى هذا يسلم الى الحاكم ليحفظه

﴿ فصل ﴾ وإن اختلفا فى شرط الخيار أو الأجل أو الرهن أو فى قدرها تحالفا لما ذكرناه فى الثمن ، فإن اختلفا فى شرط يفسد البيع ففيه وجهان ، بناء على القولين فى شرط الخيار فى الكفالة .

أحدهما : أن القول قول من يدعى الصحة ، لأن الأصل عدم ما يفسد .

والثانى : أن القول قول من يدعى الفساد ، لأن الأصل عدم العقد فكان القول قول من يدعى ذلك ؛ فإن اختلفا فى الصرف بعد التفرق ، فقال أحدهما : تفرقنا قبل القبض ، وقال الآخر : تفرقنا بعد القبض ، ففيه وجهان ، أحدهما أن القول قول من يدعى التفرق قبل القبض ، لان الاصل عدم القبض ، والثانى أن القول قول من يدعى التفرق بعد القبض ، لان الاصل صحة العقد ، وإن اختلفا بعد التفرق فقال أحدهما تفرقنا عن تراض ، وقال الآخر تفرقنا عن فسخ البيع ففيه وجهان .

أحدهما أن القول قول من يدعى التراضى ، لان الاصل عدم الفسخ وبقاء العقد : والثانى أن القول قول من يدعى الفسخ لأن الاصل عدم اللزوم ومنع المشترى من التصرف ، فأما اذا اختلفا فى عيب المبيع ومثله يجوز أن يحدث فقال البائع عندك حدث العيب وقال المشترى بل حدث عندك ، فالقول قول البائع ، لان الاصل عدم العيب فان اختلفا فى المردود بالعيب فقال المشترى هو المبيع ، وقال البائع : الذى بعتك غير هذا فالقول قول البائع لأن الأصل سلامة المبيع ، وبقاء العقد ، فكان القول قوله ، فان اشترى عبدين فتلف أحدهما ووجد بالآخر عيبا فرده وقلنا إنه يجوز أن يرد أحدهما واختلفا فى قيمة التالف ففيه قولان ، أحدهما وهو الصحيح أن القول قول البائع . لانه ملك جميع الثمن فلايزال ملكه إلا عن القدر الذى يقر به كالمشترى والشفيع إذا اختلفا فى الثمن . فان القول قول المشترى ، لانه ملك الشقص فلا يزال إلا بما يقر به ، والثانى أن القول قول المشترى لانه كالغارم فكان القول قوله . فان باعه عشرة أقفزة من صبرة وسلمها بالكيل فادعى المشترى أنها دون حقه ففيه قولان .

أحدهما : أن القول قول المشترى ، لأن الاصل أنه لم يقبض جميعه .

والثانى : أن القول قول البايع ، لأن العادة فيمن يقبض حقه بالكيل أن يستوفى جميعه فجعل القول قول البايع .

(الشرح) اعلم أن اختلاف المتبايعين على ضربين . أحدهما أن يختلفا فى أصل العقد ، والثانى فى صفته ، فإن كان اختلافهما فى أصل العقد مثل أن يقول البائع بعتك هذا الشيء بألف فيقول الآخر ما اشتريت ، أو يقول المشترى : اشتريت منك هذا الشيء بألف ، ويقول المالك : ما بعت ، فالقول قول منكر العقد مع يمينه بائعاً كان أو مشتريا إلا أن يقيم مدعى العقد بينة ولا تحالف بينهما لقوله صلى الله عليه وسلم « البينة على من ادعى » .

وإن كان اختلافهما فى صفة العقد ، كاختلافهما فى قدر الثمن أو صفته أو فى قدر المثمن أو فى صفته .

والضرب الثانى أن يكون اختلافهما مما قد يخلو من العقد كاختلافهما فى الاجل وفى قدره أو فى الخيار أو فى قدره أو فى الرهن أو فى التمييز أو فى عينه .

فأما الضرب الاول وهو أن يكون اختلافهما مما يكون يخلو منه العقد من قدر الثمن أو صفته فقد مر تفصيل ذلك فى الفصول السابقة ، وأما ما يكون من اختلاف فى قدر المثمن أو صفته ، فالاختلاف فى صفة المثمن أن يقول البائع ، بعتك عبداً ، ويقول المشترى . بل جارية ، فان كان اختلافهما فيما ذكرنا وشبهه فقد اختلف الفقهاء فى العقد على خمسة مذاهب قد جئنا عليها فى الفصول السابقة

قال فى نهاية المحتاج ما حاصله :

وإن اختلفا فى الأجل بأن أثبته المشترى ونفاه البائع ، أو قدره كشهر أو شهرين ، أو قدر المبيع كمد من هذه الصبرة مثلا بدرهم ، فيقول . بل مدين به ولا بينة لاحدهما يعول عليها ، فشمل ما لو أقام كل بينة وتعارضتا لإطلاقهما أو إطلاق أحدهما فقط أو لكونهما أرختا بتاريخين متفقين تحالفا لخبر مسلم « اليمين على المدعى عليه » ولا يشكل الخبران المتقدمان لانه عرف من هذا الخبر زيادة عليهما وهى حلف المشترى أيضاً فأخذنا بها وشمل كلامه مالو وقع الاختلاف فى زمن الخيار فيتحالفان ، وهو كذلك كما صرح به ابن يونس والنسائى والاذرعى

وغيرهم ، وقد قال الشافعي والأصحاب بالتحالف في الكتابة مع جوازها في حق الرقيق ، وفي القراض والجعالة مع جوازهما من الجهتين ، وأما ما استند إليه القائل بعدم التحالف كابن المقري في بعض نسخ الروض من إمكان الفسخ في زمنه رد بأن التحالف لم يوضع للفسخ ، بل عرضت اليمين رجاء أن ينكل الكاذب فيتقرر العقد بيمين الصادق .

والاختلاف في الأجل أو الرهن أو في قدرهما أو في شرط الخيار أو غير ذلك من الشروط الصحيحة ففيها للفقهاء طريقان .

أحدهما : وهو قول الشافعي يتحالفان ، لانهما اختلفا في صفة العقد فوجب أن يتحالفا قياسا على الاختلاف في الثمن .

والثاني : القول قول من ينفي ذلك مع يمينه ، وهو أبي حنيفه ، لان الاصل عدمه ؛ فالقول قول من ينفيه ، كأصل العقد لانه منكر ، والقول قول المنكر ، فإن اختلفا في شرط يفسد العقد فقال : بعتك بخمر ، أو خيار مجهول ، فقال : بعتني بنقد معلوم أو خيار ثلاث ؛ فالقول قول من يدعى الصحة مع يمينه ، لان ظهور تعاطي المسلم الصحيح أكثر من تعاطيه للفاسد ؛ وإن قال بعتك مكرهاً ، فأنكره فالقول قول المشتري ، لان الاصل عدم الإكراه وصحة البيع ، وإن قال بعتك وأنا صبي فالقول قول المشتري ، كل ذلك قول الشافعي وأحمد والثوري وإسحاق ، إلا أن الشافعي يسوى بين المسلم والكافر في تعاطي الصحة . قالوا : لأن المتبايعين اتفقا على أصل العقد ، واختلفا فيما يفسده ، فكان القول قول مدعى الصحة .

ويحتمل أن يقبل قول من يدعى الصغر لانه الاصل . وهو قول بعض أصحاب الشافعي ، ويفارق ما إذا اختلفا في شرط فاسد أو إكراه لوجهين :

أحدهما : أن الاصل عدمه ، وههنا الاصل بقاؤه .

والثاني : أن الظاهر من المكلف أنه لايتعاطى إلا الصحيح ، وهاهنا ماثبت أنه كان مكلفا ، وإن قال . بعتك وأنا مجنون . فإن لم يعلم له حال جنون فالقول قول المشتري . لأن الاصل عدمه . وإن ثبت أنه كان مجنونا فهو كالصبي .

قال شمس الدين الرملي :

ولو ادعى أحد العاقدين صحة البيع أو غيره من العقود وادعى الآخر فساده لانتفاء ركن ، أو شرط على المعتمد ، كأن ادعى أحدهما رؤيته وأنكرها الآخر على المعتمد أيضا ، كما أفتى به الوالد رحمه الله تعالى خلافا لما فى فتاوى الشيخ ، فالأصح تصديق مدعى الصحة بيمينه غالباً ، مسلماً كان أو كافراً ، لأن الظاهر فى العقود الصحة ؛ وأصل عدم العقد الصحيح يعارضه عدم الفساد فى الجملة . ومن غير الغالب ما لو باع ذراعا من أرض معلومة الذرع ثم ادعى إرادة ذراع معين ليفسد البيع ، وادعى المشترى شيوعه فيصدق البائع بيمينه أيضا لأن ذلك لا يعلم إلا من جهته ، وما لو زعم أحد متصالحين وقوع صلحهما على إنكار فيصدق بيمينه أيضاً لأنه الغالب ، وما لو زعم أنه عقد وبه نحو صبا وأمكن ، أو جنون أو حجر وعرف له ذلك فيصدق بيمينه أيضا كما ذكره الرويانى .

ثم قال : وأما كلام الأصحاب فى الجنايات والطلاق فليس من الاختلاف فى صحة العقد وفساده ، وفارق ما ذكرناه ما سيأتى فى الضمان بأن المعاوضات يحتاط فيها غالباً ، والظاهر أنها تقع بشروطها

وفى البيان للعمرانى : لو أقر بالاحتلام لم يقبل رجوعه عنه ، ويؤخذ من ذلك أن من وهب فى مرضه شيئا فادعت ورثته غيبة عقله حال الهبة لم يقبلوا إلا إن علم له غيبة قبل الهبة وادعوا استمرارها اليها وجزم بعضهم بأنه لا بد فى البينة بغيبة العقل ـ إن تبين ما غاب به ـ أى لئلا تكون غيبته بما يؤاخذ به كسكر تعدّى به ، وما لو قال المرتهن : أذنت فى البيع بشرط رهن الثمن . وقال الراهن بل مطلقاً ، فالمصدّق المرتهن ، كما قاله الزركشى وغيره . وهو كما قال ، ولكن ليس هذا مما نحن فيه ، لأن الاختلاف المذكور لم يقع من العاقدين ولا نائبهما

ولو أتى المشترى بخمر أو بما فيه فارة وقال قبضته كذلك فأنكر القبض كذلك صدق بيمينه ، ولو أتى المشترى بخمر أو بما فيه فارة وقال قبضته كذلك فأنكر القبض صدق بيمينه ، ولو صبه فى ظرف المشترى فظهرت فيه فارة فادعى كل أنها من عند الآخر صـــدق البائع لدعواه الصحة ، ولأن الأصل فى كل حادث تقديره بأقرب زمن ؛ والاصل أيضا براءة البائع كما فى نظيره من السلم إذا اختلفا

هل قبض المسلم اليه رأس المال قبل التفرق أو بعده ؟ فلو أقاما فى المسئلتين بينتين قدمت بينة مدعى الصحة . وقول ابن أبى عصرون إن كان مال كل بيده حلف المنكر وإلا فصاحبه مردود . وقال الرملى :

ولو اشترى عبداً مثلا معينا وقبضه فجاء بعبد معيب ليرده فقال البائع ، ليس هذا المبيع ، صدق البائع بيمينه ، لأن الأصل السلامة وبقاء العقد ، وفى مثله فى المبيع فى الذمة والسلم بأن قبض المشترى أو المسلم المدفوع عما فى الذمة ثم أحضر معيبا ليرده ، فقال البائع أو المسلم اليه ليس هذا المقبوض يصدق المشترى والمسلم بيمينه فى الأصح أنه المقبوض عملا بأصل بقاء شغل ذمة البائع والمسلم اليه الى وجود قبض صحيح ، ويجرى ذلك فى الثمن ، فيحلف المشترى فى المعين ، والبائع فيما فى الذمة ، ومقابل الاصح يصدق المسلم اليه كالبيع

ولو قبض المبيع مثلا بالكيل أو الوزن ثم ادعى نقصه فإن كان قدر ما يقع مثله فى الكيل أو الوزن عادة صدق بيمنيه لاحتماله مع عدم مخالفته الظاهر وإلا فلا لمخالفته الظاهر ولأنهما اتفقا على القبض والقابض يدعى الخطأ فعليه البينة كما لو اقتسما ثم جاء أحدهما وادعى الخطأفيه تلزمه البينة ، ولو باع شيئا فظهر كونه لابنه أو موكله فوقع اختلاف ، كأن قال الابن ، باع أبى مالى فى الصغر لنفسه متعدياً ، وقال الموكل ، باع وكيلى مالى متعديا ، وقال المشترى ، لم يتعد الولى ولا الوكيل ، صدق المشترى بيمينه ، لأن كلا من الأب والوكيل أمين ولا يتهم إلا بحجة . انتهى

أما لغات الفصل فالشقص القطعة من الارض والطائفه من الشىء . قوله فإن باعه عشرة أقفزة من صبرة فالقفيز مكيال . قال فى الصحاح هو ثمانية مكاكيك والجمع أقفزة وقفزان ، قال والمكوك مكيال هو ثلاث كيلجات . والكيلجة مَنا وسبعة أثمان منا ، والمنا رطلان ، ويمكن بهذا أن نعرف أن الكيلجه هى الكيلو بلغة العصر فيكون القفيز أربعة وعشرين كيلو جراما تقريبا بالوزن ، وقد مر فى قاعدة مد عجوة أن الوزن مقدم على الكيل لأنه أدق وأعدل إلا ما كان اطراد الكيل فيه لخفته تجعله غير صالح للوزن ، فتنطبق عليه قاعدة الكيل فيما يكال والوزن فيما يوزن .

قال الشافعى فى باب جماع السلف فى الوزن :

والميزان مخالف المكيال فى بعض معانيه والميزان أقرب من الإحاطة وأبعد من أن يختلف فيه أهل العلم من المكيال ، لأن ما يتجافى ولم يتجاف فى الميزان سواء : لأنه إنما يصار فيه كله إلى أن يوجد بوزنه ، والمتجافى فى المكيال يتباين تباينا بينا فليس فى شيء مما يوزن اختلاف فى الوزن ، ثم قال الشافعى : فإن قال قائل : كيف كان يباع فى عهد النبى صلى الله عليه وسلم ؟ قلنا : الله أعلم ، أما الذى أدركنا المتبايعين به عليه : فأما ماقل منه فيباع كيلا والجملة الكثيرة تباع وزنا ، ودلالة الأخبار على مثل ما أدركنا الناس عليه . قال عمر رضى الله عنه : لا آكل سمنا ما دام يباع بالأواقى ، وتشبه الاواقى أن تكون كيلا . اه

قال المصنف رحمه الله :

﴿ فصل ﴾ إذا باعه سلعة بثمن فى الذمة ثم اختلفا فقال البائع : لا أسلم المبيع حتى أقبض الثمن ، وقال المشترى . لا أسلم الثمن حتى أقبض المبيع : فقد اختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال . فيه ثلاثة أقوال .

أحدها يجبر البائع على إحضار المبيع ، والمشترى على احضار الثمن ، ثم يسلم الى كل واحد منهما ماله دفعة واحدة ، لأن التسليم واجب على كل واحد منهما ، فاذا امتنعا أجبرا كما لو كان لاحدهما على الآخر دراهم ، وللآخر عليه دنانير .

والثانى . لا يجبر واحد منهما ، بل يقال من يسلم منكما ما عليه أجبر الآخر على تسليم ما عليه ، لأن على كل واحد منهما حقا فى مقابلة حق له ، فاذا تمانعا لم يجبر واحد منهما ، كما لو نكل المدعى عليه فردت اليمين على المدعى فنكل .

والثالث . أنه يجبر البائع على تسليم المبيع ، ثم يجبر المشترى وهو الصحيح ، لان حق المشترى متعلق بعين ، وحق البائع فى الذمة ، فقدم ما تعلق بعين كأرش الجناية مع غيرها من الديون ، ولأن البائع يتصرف فى الثمن فى الذمة ، فوجب أن يجبر البائع على التسليم ليتصرف المشترى فى المبيع ، ومن أصحابنا من قال . المسأله على قول واحد ، وهو أنه يجبر البائع على تسليم المبيع كما ذكرناه ، وما سواه من الاقوال ذكره الشافعي عن غيره ، ولم يختره ، فعلى هذا ينظر فيه

فان كان المشترى موسراً نظرت ، فان كان ماله حاضرا أجبر على تسليمه فى الحال وان كان فى داره أو دكانه حجر عليه فى المبيع ، وفى سائر أمواله ، الى أن يدفع الثمن لانه اذا لم يحجر عليه لم نأمن أن يتصرف فيه ، فيضر بالبائع .

وان كان غائبا منه على مسافة يقصر فيها الصلاة فللبائع أن يفسخ البيع ويرجع الى عين ماله ، لأن عليه ضرراً فى تأخير الثمن ، فجاز له الرجوع الى عين ماله ، كما لو أفلس المشترى ، وان كان على مسافة لا تقصر فيها الصلاة ففيه وجهان . أحدهما ليس له أن يختار عين ماله ، لانه فى حكم الحاضر . والثانى له أن يختار عين ماله لانه يخاف عليه الهلاك فيما قرب كما يخاف عليه فيما بعد ، وان كان المشترى معسرا ففيه وجهان .

أحدهما . تباع السلعة ويقضى دينه من ثمنها ، والمنصوص أنه يرجع الى عين ماله لانه تعذر الثمن بالإعسار . فثبت له الرجوع الى عين ماله كما لو أفلس بالثمن وان كان الثمن معينا ففيه قولان . أحدهما يجبران . والثانى لا يجبر واحد منهما ويسقط القول الثالث أنه يجبر البائع لان الثمن المعين كالمبيع فى تعلق الحق بالعين والمنع من التصرف فيه قبل القبض .

(الشرح) فى هذا الفصل بيان حكم اختلافهما عند البيع بثمن فى الذمة فيه ثلاثة أقوال عند المصنف (أصحها) يجبر البائع على تسليم السلعة ثم يجبر المشترى على تسليم الثمن . وذلك أنهما ان تمانعا أجبر الحاكم كل واحد منهما على احضار ما عليه من مبيع أو ثمن ثم ينصب عليهما أمينا عدلا يأمر كل واحد منهما بتسليم ما بيده إليه . حتى اذا صار الجميع معه سلم المبيع الى المشترى والثمن الى البائع . قال الماوردى . وحكى هذا القول عن سعيد بن سالم القداح . وقال أبو اسحاق المروزى . يجعل هذا والقول الأول واحدا . وتخرج المسألة على ثلاثة أقاويل . وامتنع سائر أصحابنا من جعلهما واحداً ، وأن كل واحد منهما مخالف لصاحبه .

قلت : والقول الأول الذى أراد أبو اسحاق المروزى مزجه بقول سعيد بن سالم القداح هو قول المصنف .

أحدها يجبر البائع على تسليم المبيع والمشترى على تسليم الثمن ثم أعطى كل

واحد منهما ماله دفعة واحدة فى لحظة واحدة لتساوى الوجوب فى التسليم وعدم اختصاص أحدهما بقدر أكثر من الإذعان من صاحبه ، وامتنع أكثر الأصحاب من جعلهما قولا واحداً لما يأتى :

(أولا) لأن حق المشترى متعلق بعين وحق البائع فى الذمة ، فقدم ما تعلق بعين كأرش الجناية مع غيرها من الديون ، ولأن البائع يتصرف فى الثمن فى الذمة فوجب أن يجبر البائع على التسليم ليتصرف المشترى فى المبيع

(ثانيا) إن الدفع والتسليم فى القول الأول إلى الحاكم وكان بحكمه ، وهاهنا الحكم منه فى ذمة الأمين والأمر بالتسليم منه

ومن هنا كان قول المصنف : من الأصحاب من قال فيه ثلاثة أقوال يذكرنا بقول الماوردى فيه أربعة أقوال . ذلك القول الرابع هو تعيين الامين العدل . وهذا القول وإن كان قولا رابعا عندنا فإنه ظاهر مذهب الحنابلة فيما إذا كان عرضا بعرض أو عينا بعين .

قال ابن قدامة فى المغنى :

وإن اختلفا فى التسليم ، فقال البائع لا أسلم المبيع حتى أقبض الثمن . وقال المشترى لا أسلم الثمن حتى أقبض المبيع والثمن فى الذمة ، أجبر البائع على تسليم المبيع ، ثم أجبر المشترى على تسليم الثمن ، فإن كان عينا أو عرضا بعرض جعل بينهما عدل ، فيقبض منهما ثم يسلم اليهما ، وهذا قول الثورى وأحد قولى الشافعى وعن أحمد ما يدل على أن البائع يجبر على تسليم المبيع على الإطلاق ، وهو قول ثان للشافعى . وقال أبو حنيفة ومالك يجبر المشترى على تسليم الثمن لأن البائع حبس المبيع على تسليم الثمن ، ومن استحق ذلك لم يكن عليه التسليم قبل الاستيفاء كالمرتهن . ثم قال رأيه الذى يدل على موافقته لما ذهبنا اليه من تساوى المبيع ، سواء أكان الثمن عينا أم نقداً فقال

ولنا أن تسليم المبيع يتعلق به استقرار البيع وتمامه ، فكان تقديمه أولى سيما مع تعلق الحكم بعينه ، وتعلق حق البائع بالذمة ، وتقديم ما تعلق بالعين أولى لتأكده . ولذلك يقدم الدين الذى به الرهن فى ثمنه على ما تعلق بالذمة ، ويخالف

الرهن فإنه لا تتعلق به مصلحة عقد الرهن ، والتسليم ها هنا يتعلق به مصلحة عقد البيع . وأما إذا كان الثمن عينا فقد تعلق الحق بعينه أيضا كالمبيع فاستويا . وقد وجب لكل واحد منهما على صاحبه حق قد استحق قبضه فأجبر كل واحد منهما على إيفاء صاحبه حقه . اه

قوله « وما سواه من الاقوال » ذكره الشافعي عن غيره ولم يختره ، فعلى هذا ينظر فيه .

(قلت) الذى فى المزنى يدل على اختيار الشافعى لهذا الرأى وتعبيره بكلمة (أحب الشافعى من أقاويل) قال المزنى فى باب اختلاف المتبايعين « وإذا قال كل واحد منهما : لا أدفع حتى أقبض »

« ولو لم يختلفا وقال كل واحد منهما لا أدفع حتى أقبض فالذى أحب الشافعى من أقاويل وصفها أن البائع يدفع السلعة ويجبر المشترى على دفع الثمن من ساعته فإن غاب وله مال أشهد على وقف ماله وأشهد على وقف السلعة ، فإذا دفع أطلق عنه الوقف ، وإن لم يكن له مال فهذا مفلس ، والبائع أحق بسلعته ، ولا يدع الناس يتمانعون الحقوق وهو يقدر على أخذها منهم »

قوله « وإن كان غائبا » قال الماوردى :

وإن كان ماله غائبا فله ثلاثة أحوال (أحدها) أن يكون على مسافة أقل من يوم وليلة ، فهذا فى حكم الحاضر ، وينتظر له حضور ماله بعد الحجر عليه فى المبيع وسائر ماله ، فإذا احضر الثمن فك حجره وأطلق تصرفه

(والثانى) أن يكون على مسافة ثلاثة أيام فصاعدا فلا يلزم انتظار ماله لبعده عنه ، وأنه فى حكم المعسر .

(والثالث) أن يكون على مسافة أكثر من يوم وليلة وأقل من ثلاثة أيام فعلى وجهين .

(أحدهما) ينتظر حضور ماله ، كما لو كانت على أقل من يوم وليلة ، ويحجر عليه فى المبيع حتى يحضر الثمن (والوجه الثانى) لا ينتظر لبعد المسافة ، وأنها فى حكم ما زاد على الثلاث ، فعلى هذا ما الذى يستحقه البائع إذا لم ينتظر ؟ فيه وجهان (أحدهما) يجعل كالمفلس ويخير البائع بين أن يرجع

بغير ماله وبين أن يصير بالثمن فى ذمة المشترى إلى حين وجوده (والوجه الثانى) أن حكم المفلس منفى عنه لوجود المال ، وإن بعد منه . ولكن تباع السلعة المبيعة ليصل البائع إلى حقه منها ، فإن بيعت بقدر ما للبائع من الثمن دفع اليه ذلك وقد استوفى حقه . وإن بيعت بأكثر رد الفاضل على المشترى . وإن بيعت بأقل كان الباقى ديناً للبائع فى ذمه المشترى .

(قلت) فإن هرب المشترى ولم يكن له مال فسخ البيع لأنه إذا جاز فسخه مع حضوره للإعسار ففى هربه أولى .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن باع من رجل عينا فأحضر المشترى نصف الثمن ففيه وجهان (أحدهما) لا يجبر البائع على تسليم شىء من البيع ، لأنه محبوس بدين ، فلا يسلم شىء منه بحضور بعض الدين كالرهن (والثانى) أنه يجبر على تسليم نصف المبيع لأن كل واحد منهما عوض عن الآخر ، وكل جزء من المبيع فى مقابلة جزء من الثمن ، فإذا سلم بعض الثمن وجب تسليم ما فى مقابلته ، ويخالف الرهن فى الدين فإن الرهن ليس بعوض من الدين ، وإنما هو وثيقة به فجاز له حبسه إلى أن يستوفى جميع الدين ، وإن باع من اثنين عبداً بثمن فأحضر أحدهما نصف الثمن وجب تسليم حصته اليه لأنه أحضر جميع ما عليه من الثمن ، فوجب تسليم ما فى مقابلته من المبيع ، كما لو اشترى عيناً وأحضر ثمنها . والله أعلم

(الشرح) هذا الفصل يبنى على أن العقد اذا لزم فى الصفقة كلها كان بعض ماأداه المشترى من ثمنها غير مسوغ لتجزىء المبيع بقدر ماأدى المشترى فلا يجبر على تسليم ما يقابله أم يجبر على تسليم ما يساوى ما أداه المشترى ؟ فيقع الثمن منجما والمبيع منجما : وذلك لمخالفته الرهن ، لأنه اذا احتجز الصفقة عنده كلها فى مقابلة ما بقى من الثمن فقد أشبه الرهن

(قلت) اذا ترتب على تجزىء الصفقة تلف باقيها أو نقصه نقصاً يبخس بثمنها كما لو أدى بعض الثمن من كتاب له أجزاء مطبوعة فإذا أخذ ما يساوى ما أداه من الثمن من أجزاء ترتب على ذلك خرم الكتاب عند البائع لم يجبر البائع على تسليم بعض الكتاب وجاز له حبسه حتى يستوفى الثمن كله . والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) اذا تلف المبيع فى يد البائع قبل التسليم لم يخل اما أن يكون ثمرة أو غيرها ، فإن كان غير الثمرة نظرت ، فإن كان تلفه بآفة سماوية انفسخ البيع ، لأنه فات التسليم المستحق بالعقد فانفسخ البيع ، كما لو اصطرفا وتفرقا قبل القبض فإن كان المبيع عبداً فذهبت يده بآكلة فالمبتاع بالخيار بين أن يرد وبين أن يمسك فإن اختار الرد رجع بجميع الثمن ، وان اختار الإمساك أمسك بجميع الثمن ، لأن الثمن لا ينقسم على الأعضاء فلم يسقط بتلفها شيء من الثمن ، وان أتلفه أجنبي ففيه قولان .

(أحدهما) أنه ينفسخ البيع لأنه فات التسليم المستحق بالعقد فانفسخ البيع ، كما لو تلف بآفة سماوية .

(والثانى) أن المشترى بالخيار بين أن يفسخ البيع ويرجع بالثمن ، وبين أن يقر البيع ويرجع على الاجنبى بالقيمة ، لأن القيمة عوض عن المبيع فقامت مقامه فى القبض ، فإن كان عبداً فقطع الاجنبى يده فهو بالخيار بين أن يفسخ البيع ويرجع بالثمن ، وبين أن يجيزه ويرجع على الجانى بنصف قيمته

فإن أتلفه البائع ففيه طريقان . قال أبو العباس فيه قولان كالاجنبى . وقال أكثر أصحابنا ينفسخ البيع قولا واحداً لأنه لا يمكن الرجوع على البائع بالقيمة لأن المبيع مضمون عليه بالثمن فلا يجوز أن يكون مضمونا عليه بالقيمة بخلاف الاجنبى ، فان المبيع غير مضمون عليه بالثمن فجاز أن يضمنهُ بالقيمة ، فان كان عبداً فقطع البائع يده ففيه وجهان .

قال أبو العباس ، المبتاع بالخيار ان شاء فسخ البيع ورجع بالثمن وان شاء أجازه ورجع على البائع بنصف القيمة ، وقال أكثر أصحابنا هو بالخيار ان شاء فسخ البيع وان شاء أجازه ولا شيء له لأنه جزء من المبيع فلا يضمنه البائع بالقيمة قبل القبض ؛ كما لو ذهب بآكلة فان أتلفه المشترى استقر عليه الثمن لأن الإتلاف كالقبض ، ولهذا لو أعتقه جعل اعتاقه كالقبض فكذلك اذا أتلفه ، فان كان عبداً فقطع يده لم يجز له أن يفسخ لأنه نقص بفعله ، فان اندمل ثم تلف فى يد البائع رجع البائع على

المشترى بأرش النقص فيقوم مع اليد ويقوم بلا يد ثم يرجع بما نقص من الثمن ولا يرجع بما نقص من القيمة لأن المبيع مضمون على المشترى بالثمن فلا يجوز أن يرجع عليه بما نقص من القيمة وإن كان المبيع ثمرة فإن كان على الارض فهو كغير الثمرة وقد بيناه وإن كانت على الشجر نظرت فان تلفت قبل التخلية فهى كغير الثمرة إذا هلك قبل أن يقبض وقد بيناه ، فان تلفت بعد التخلية ففيه قولان (أحدهما) أنها تتلف من ضمان المشترى ، لأن التخلية قبض يتعلق به جواز التصرف فدخل فى ضمانه كالنقل فيما ينقل (والثانى) أنها تتلف من ضمان البائع ، لما روى جابر رضى الله عنه ان النبى (ص) قال « إن بعت من أخيك تمراً فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئا ، بم تأخذ مال أخيك بغير حق » وروى جابر أيضاً أن النبى (ص) « أمر بوضع الجوائح » فان قلنا بهذا فاختلفا فى الهالك فقال البائع الثلث ، وقال المشترى النصف ، فالقول قول البائع ، لأن الاصل عدم الهلاك ، وإن بلغت الثمار وقت الجداد فلم ينقل حتى هلكت كان هلاكها من ضمان المشترى ، لأنه وجب عليه النقل فلم يلزم البائع ضمانها ، والله أعلم

(الشرح) حديث جابر الأول رواه مسلم وأبو داود والنسائى وابن ماجه . وحديث جابر الثانى رواه الشافعى فى الام . قال سمعت سفيان يحدث هذا الحديث كثيرا فى طول مجالستى له ، لا أحصى ما سمعته يحدثه من كثرته لا يذكر فيه « أمر بوضع الجوائح » لا يزيد على أن النبى (ص) نهى عن بيع السنين . ثم زاد بعد ذلك « وأمر بوضع الجوائح »

قال الشافعى ، قال سفيان : وكان حميد يذكر بعد بيع السنين كلاماً قبل وضع الجوائح لا أحفظه ، فكنت أكف عن ذكر وضع الجوائح لأنى لا أدرى كيف كان الكلام . وفى الحديث أمر بوضع الجوائح . أخبرنا سفيان عن أبى الزبير عن جابر عن النبى (ص) مثله « قلت» وحديث « أمر بوضع الجوائح » رواه مسلم وأحمد والنسائى وأبو داود . وروى عن أنس وعائشة ، وقد مر فى بيع الثمرة قبل بدو صلاحها . قال الربيع ، أخبرنا الشافعى قال أخبرنا مالك عن أبى الرجال محمد بن عبد الرحمن عن أمه عمرة أنه سمعها تقول : ابتـــاع رجل ثمر حائط فى زمان

رسول الله صلى الله عليه وسلم فعالجه وأقام فيه حتى تبين له النقصان ، فسأل رب الحائط أن يضع عنه فحلف أن لا يفعل ، فذهبت أم المشترى إلى رسول الله (ص) فذكرت ذلك له ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تألى أن لا يفعل خيرا ، فسمع بذلك رب المال ، فأتى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يارسول الله « هو له »

أما لغات الفصل فالآفة العاهة ، وقد إيف الزرع بالبناء المجهول أى أصابته آفة فهو مئوف على وزن مقول ومعوف ، والجوائح جمع جائحة ، وهى الآفة التى تصيب الثمار فتهلكها . يقال حاجهم الدهر واجتاحهم بتقديم الجيم على الحاء فيها إذا أصابهم بمكروه عظيم والآكلة

أما الاحكام فقال الشافعى ، قال سفيان فى حديثه عن جابر عن النبى صلى الله عليه وسلم فى وضع الجوائح : ماحكيت فقد يجوز أن يكون الكلام الذى لم يحفظه سفيان من حديث حميد يدل على أن أمره بوضعها على مثل أمره بالصلح على النصف . وعلى مثل أمره بالصدقة تطوعا حضاً على الخير لا حتما، وما أشبه ذلك

ثم قال الشافعى وحديث مالك عن عمرة مرسل . وأهل الحديث ونحن لا نثبت مرسلا، ولو ثبت حديث عمرة كانت فيه ـ والله تعالى أعلم ـ دلالة على أن لا توضع الجائحة لقولها ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم تألى أن لا يفعل خيرا ، ولو كان الحكم عليه أن يضع الجائحة لكان أشبه أن يقول ذلك لازم له حلف أو لم يحلف ، وذلك أن كل من كان عليه حق قيل هذا يلزمك أن تؤديه اذا امتنعت من حق فأخذ منك بكل حال (قال) ولو لم يكن سفيان وهن حديثه بما وصفت وثبتت السنة بوضع الجائحة ، وضعت كل قليل وكثير أصيب من السماء بغير جناية أحد عليه ، فأما أن يوضع الثلث فصاعداً ولا يوضع ما دون الثلث فهذا لا خبر ولا قياس ولا معقول .

فان قال قائل : فما منعك أن تجعل ثمرة النخل قياساً على ما وصفت من كراء الأرض ، وأنت تجيز بيع ثمر النخل فيترك إلى غاية فى نخله كما تجيز أن يقبض الدار ويسكنها الى مدة .

قال : فقيل له : إن شاء الله الدار تكترى سنة ثم تنهدم من قبل تمام السنة مخالفة للثمرة تقبض من قبل أن سكناها ليس بعين ترى إنما هي بمدة تأتى ، فكل يوم منها يمضى بما فيه وهى بيد المكترى يلزمه الكراء فيه وإن لم يسكنها إذا خلى بينه وبينها والثمرة إذا ابقيت وقبضت وكلها في يد المشترى يقدر على أن يأخذها كلها من ساعته ، ويكون ذلك له . وإنما يرى تركه إياها اختياراً لتبلغ غاية يكون له فيها أخذه قبلها وقد يكون رطباً يمكنه أخذه وبيعه وتيبيسه ، فيتركه ليأخذه يوما بيوم رطبا ليكون أكثر قيمة إذا فرقه في الأيام وأدوم لأهله فلو زعمت أنى أضع الجائحة بعد أن يرطب الحائط كله أو أكثره ويمكن فيه أن يقطع كله فيباع رطباً ، وإن كان ذلك أنقص لمالك الرطب أو بيبس تمرا ، وإن كان ذلك أنقص على مالكه زعمت أنى أضع عنه الجائحة وهى تمر ، وقد ترك قطعه وتمييزه في وقت يمكنه فيه إحرازه . ثم قال : وجماع الجوائح كل ماأذهب الثمرة أو بعضها بغير جناية آدمى .

ثم قال الشافعى : وكان شبهها أن يكون جملة القول فيه أن يكون الثمر المبيع في شجره المدفوع إلى مبتاعه من ضمان البائع حتى يستوفى المشترى ما اشترى منه لا يبرأ البائع من شىء منه حتى يأخذه المشترى أو يؤخذ بأمره من شجره ، كما يكون من ابتاع طعاما في بيت أو سفينة كله على كيل معلوم ، فما استوفى المشترى برىء منه البائع ، ومالم يستوف حتى يسرق أو تصيبه آفة فهو من مال البائع ، وماأصابه من عيب فالمشترى بالخيار في أخذه أو رده

ويجعل الشافعى المشترى مسئولا عن المبتاع إذا كان مسلطا عليه مسيطرا على المبيع ، وليس على البائع من الضمان شىء مادام يملك أخذها وقطعها وبقاءها فلو تلفت ـ في يد البائع بآفة سماوية ـ فلا ضمان على البائع : لأن المشترى مقصر في قبضها ، وفي الأبواب السابقة من البيوع مزيد تفصيل فليرجع إليها .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب السلم

السلم جائز لقوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه » قال ابن عباس أشهد أن السلف المضمون الى أجل قد أجله الله فى كتابه وأذن فيه فقال « يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه » .

(فصل) ولا يصح السلم الا من مطلق التصرف فى المال لأنه عقد على مال فلا يصح الا من جائز التصرف كالبيع : قال الشافعى رحمه الله : ويصح السلم من الأعمى . قال المزنى رحمه الله أعلم من نطقه أنه أراد الأعمى الذى عرف الصفات قبل أن يعمى . قال أبو العباس هذا الذى قاله المزنى حسن ، فأما الأكمه الذى لا يعرف الصفات فلا يصح سلمه لأنه يعقد على مجهول وبيع المجهول لا يصح ، وقال أبو إسحاق يصح السلم من الأعمى وإن كان أكمه لأنه يعرف الصفات بالسماع

(الشرح) قال الشافعى رحمه الله فى باب السلف والمراد به السلم :

قال الله تعالى « يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل » إلى قوله « وليتق الله ربه » قال الشافعى : فلما أمر الله عز وجل بالكتاب ثم رخص فى الإشهاد إن كانوا على سفر ولم يجدوا كاتباً ، احتمل أن يكون فرضا وأن يكون دلالة ، فلما قال الله جل ثناؤه : فرهان مقبوضة والرهن غير الكتاب والشهادة ، ثم قال « فإن أمن بعضكم بعضاً فليؤد الذى اؤتمن أمانته وليتق الله ربه » دل كتاب الله عز وجل على أن أمره بالكتاب ثم الشهود ثم الرهن إرشاداً لا فرضاً عليهم ، لأن قوله « فإن أمن بعضكم بعضاً فليؤد الذى اؤتمن أمانته » إباحة لأن يأمن بعضهم بعضاً : فيدع الكتاب والشهود والرهن ، قال : وأحب الكتاب والشهود لأنه إرشاد من الله ونظر للبائع والمشترى ، وذلك أنهما ان كانا أمينين فقد يموتان أو أحدهما ، فلا يعرف حق البائع على المشترى فيتلف على البائع أو ورثته حقه ، وتكون التباعة على المشترى

فى أمر لم يرده ، وقد يتغير عقل المشترى فيكون هذا والبائع ، وقد يغلط المشترى فلا يقر فيدخل فى الظلم من حيث لا يعلم ويصيب ذلك البائع فيدعى ماليس له فيكون الكتاب والشهادة قاطعا هذا عنهما وعن ورثتهما ، ولم يكن يدخله ما وصفت انبغى لأهل دين الله اختيار ما ندبهم الله اليه ارشاداً ، ومن تركه فقد ترك حزما وأمراً لم أحب تركه من غير ان أزعم أنه محرم عليه بما وصفت من الآية بعده .

قال الشافعى : قال الله عز وجل « ولا يأب كاتب أن يكتب كما علمه الله » يحتمل أن يكون حتما على من دعى للكتاب ، فإن تركه تارك كان عاصيا ، ويحتمل أن يكون كما وصفنا فى كتاب جماع العلم : على من حضر من الكتاب أن لا يعطلوا كتاب حق بين رجلين ، فاذا قام به واحد أجزأ عنهم ، كما حق عليهم أن يصلوا على الجنائز ويدفنوها فاذا قام بها من يكفيها أخرج ذلك من تخلف عنها من المأثم ولو ترك كل من حضر من الكتاب خفت أن يأثموا ، بل كأنى لا أراهم يخرجون من المأثم : وأيهم قام به أجزأ عنهم وهذا أشبه معانيه به والله تعالى أعلم .

أما حديث ابن عباس فقد قال الشافعى : أخبرنا سفيان عن أيوب عن قتادة عن أبى حسان الأعرج عن ابن عباس رضى الله عنهما قال : أشهد الى آخر ما أورده المصنف هكذا موقوفا على ابن عباس ورواه سعيد بن منصور أيضا هكذا

أما لغات الفصل : فان السلم بفتحتين هو الاستسلام ، وسلم اليه الشىء بتشديد اللام تسليما فتسلمه أى أخذه . والتسليم بذل الرضا بالحكم . والتسليم أيضا السلام وأسلم فى الطعام أسلف فيه ؛ والتسالم التصالح ، ولمادة السين واللام والميم معانيها الكثيرة من السلامة والسلامى والسلم واستلام الحجر ما مكانه معاجم اللغة . وقال الماوردى : السلم لغة أهل الحجاز ، والسلف لغة أهل العراق ، والأكمه هو الذى يولد أعمى .

وفى الاصطلاح الفقهى : السلم أن يسلم عوضا حاضراً فى عوض موصوف فى الذمة الى أجل ، ويسمى سلما وسلفا وهذا السلف يهمز ويجرد فيقال : أسلف وسلف ، وهو نوع من البيع ينعقد بما ينعقد به البيع ، ويعتبر فيه من الشروط ما يعتبر فى البيع ، وهو جائز بالكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب فقد ذكرناه والمصنف من آية الدين ولفظها يصلح للسلم ويشمله بعمومه . وأما السنة فقد روى الشيخان عن ابن عباس رضى الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم : من اسلف فى شىء فليسلف فى كيل معلوم ووزن معلوم ، إلى أجل معلوم » .

وروى البخارى عن محمد بن أبى المجالد قال « أرسلنى أبو بردة وعبد الله بن شداد إلى عبد الرحمن بن أبزى وعبد الله بن أبى أوفى فسألتهما عن السلف ؟ فقالا كنا نصيب المغانم مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فكان يأتينا أنباط من أنباط الشام فنسلفهم فى الحنطة والشعير والزبيب ، فقلت : أكان لهم ؟ أم لم يكن لهم زرع ؟ قال : ما كنا نسألهم عن ذلك » .

وفى رواية عند الترمذى والنسائى وابن ماجه « كنا نسلف على عهد النبى صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وعمر فى الحنطة والشعير والزيت والتمر وما نراه عندهم » وعن أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من أسلم فى شىء فلا يصرفه إلى غيره » رواه أبو داود وابن ماجه .

وعن ابن عمر رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من أسلم شيئا فلا يشرط على صاحبه غير قضائه » وفى لفظ « من أسلف فى شىء فلا يأخذ إلا ما أسلف فيه أو رأس ماله » رواهما الدارقطنى ، وفى إسناده عطية العوفى ، قال ابن المنذر : لا يحتج بحديثه وهو وارد فى عموم السلم متابع لهذا العموم .

وأما الإجماع فقال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السلم جائز ، قلت : وخالف سعيد بن المسيب فى جوازه .

وقد اتفق الأئمة — ماعدا ابن المسيب — على أن السلم يصح بستة شروط أن يكون فى جنس معلوم ، بصفة معلومة وبقدر معلوم وبأجل معلوم ، ومعرفة مقدار رأس المال ، وتسمية مكان التسليم إذا كان لحمله مؤونة لكن أبا حنيفة يسمى هذا التابع شرطا وباقى الأئمة يسمونه لازما .

قوله : لا يصح إلا من جائز التصرف كالبيع ، أى أنه لا يصح إسلام الكافر

فى الرقيق المسلم كما سبق فى شرح المجموع للنووى ورد النووى على الماوردى فى تصحيحه له وتبعه السبكى ، ومثل الرقيق المسلم المرتد كما مر فى البيوع ومثل ذلك كل ما يمتنع تملك الكافر له كالمصحف وكتب العلم والسلم فى السلاح من الحربى .

أما صحة السلم من الأعمى الذى يعرف الصفات إذا كان عماه مسبوقا بإبصار أو كان أكمه يعرف الصفات بكثرة السماع فإنه إذا كان الأمر كذلك ، فان بيان ذلك ما يأتى :

اذا عرفنا أن التنازع والاختلاف يحتمل أن يقع بين المتبايعين مع توفر صحة الابصار فلأن يقع فى السلم أولى ، ولأن يقع التنازع مع فقدان البصر أيسر ، وأيسر منه وقوعه مع الأكمه .

ولذلك استشكل بعض فقهاء الشافعية صحة السلم من الأعمى واتفقوا على أنه اذا صح سلمه فانه لا يصح قبضه بل قد يتعين توكيله ، ويرد اشكال آخر وهو اشتراط معرفة المتعاقدين الصفات ، ويمنع هذا الاشكال بأن المراد بمعرفتها تصورها ولو بوجه من وجوه التصور ، والأعمى يتصورها كذلك ، وينبغى لاشتراط صحة العقد وجود عدلين بمحل التسليم أو أكثر ، ويكتب العقد بلغة يفهمها العاقدان وعدلان ثم يقع الختم به بعد كل ذلك ، ليكون مناطا عند التنازع وليست الكتابة واجبة فى قول الشافعى ، وانما هى اذعان مباح لقوله تعالى « فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل » وقوله تعالى « وأشهدوا اذا تبايعتم » .

ونعود الى آية الدين فنقول عما تناولته من أحكام مستندين الى تفصيل السنة لما أجملته فنقول : فى هذه الآية اثنتان وأربعون مسألة .

الاولى : قال سعيد بن المسيب . بلغنى أن أحدث القرآن بالعرش آية الدين . وقال ابن عباس . هذه الآية نزلت فى السلم خاصة . قال القرطبى . معناه أن سلم أهل المدينة كان سبب الاية ، وقد استدل بها بعض علمائنا على جواز التأجيل فى القروض على ما قال مالك اذ لم يفصل بين القرض وسائر العقود فى المداينات ، وخالف فى ذلك الشافعية . وقالوا : الاية ليس فيها جواز التأجيل فى سائر الديون وانما فيها الأمر بالاشهاد اذا كان دينا مؤجلا ، ثم يعلم جواز التأجيل فى الدين وامتناعه بدلالة أخرى .

(الثانية) قوله تعالى « بدين» للتأكيد ، وحقيقة الدين عبارة عن معاملة كان أحد العوضين فيها نقداً والآخر فى الذمة نسيئة . وقد بين الله هـذا المعنى بقوله « إلى أجل مسمى »

(الثالثة) قوله تعالى « إلى أجل مسمى » قال ابن المنذر : دل قوله تعالى على أن السلم الى الأجل المجهول غير جائز

(الرابعة) حدّ العلماء السلم فقالوا هو بيع معلوم فى الذمة محصور بالصفة بعين حاضرة أو ما هو فى حكمها إلى أجل معلوم

(الخامسة) السلم والسلف عبارتان عن معنى واحد ، والسلم بيع من البيوع الجائزة مستثنى من نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عندك ، فإن صاحب رأس المال محتاج إلى أن يشترى الثمرة وصاحب الثمرة محتاج الى ثمنها قبل إبانها لينفقه عليها ، فظهر أن بيع السلم من المصالح الحاجيّة ، وقد سماه الفقهاء بيع المحاويج ، فإن جاز حالا بطلت هـذه الحكمة وارتفعت هذه المصلحة ، ولم يكن لاستثناء ما ليس عندك فائدة .

(السادسة) شروط السلم المتفق عليها والمختلف فيها وهى تسعة ، ستة فى المسلم فيه وثلاثة فى رأس مال السلم . أما الستة التى فى المسلم فيه ، فأن يكون فى الذمة ، وأن يكون موصوفا ، وأن يكون مقدراً ، وأن يكون مؤجلا ، وأن يكون الأجل معلوماً ، وأن يكون موجوداً عند محل الأجل

وأما الثلاثة التى فى رأس مال السلم فأن يكون معلوم الجنس مقدرا نقدا .

وهذه الشروط الثلاثة متفق عليها إلا النقد فخالف فيه المالكية

قال ابن العربى فى أحكام القرآن : وأما الشرط الأول وهو أن يكون فى الذمة فلا إشكال فى أن المقصود منه كونه فى الذمة لأنه مداينة . ولولا ذلك لم يشرع دينا ولا قصد الناس اليه ربحاً ورفقاً ، وعلى ذلك اتفق الناس . بيد ان مالكا قال لايجوز السلم فى العين إلا بشرطين (أحدهما) أن يكون قرية مأمونة (والثانى) أن يشرع فى أخذه كاللبن من الشاة والرطب من النخلة ، ولم يقل ذلك أحد سواه

وهاتان المسئلتان صحيحتان فى الدليل لأن التعيين امتنع فى السلم مخافة المزابنة والغرر لئلا يتعذر عند المحل

(السابعة) ليس من شرط السلم أن يكون المسلم إليه مالكا للمسلم فيه لما رواه البخاري عن محمد بن المجالد قال : بعثني عبد الله بن شداد وأبو بردة إلى عبد الله ابن أبي أوفى — إلى قوله (قلت) إلى من كان أصله عنده ؟ قال : ما كنا نسألهم عن ذلك . ثم بعثاني إلى عبد الرحمن بن أبزى فسألته فقال : كان أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم يسلفون على عهد النبي (ص) ولم نسألهم ألهم حرث أم لا ؟

وشرط أبو حنيفة وجود المسلم فيه من حين العقد إلى حين الأجل ، مخافة أن يطلب المسلم فيه فلا يوجد فيكون ذلك غرراً ، وخالفه سائر الفقهاء ، وقالوا المراعى وجوده عند الأجل

وشرط الكوفيون والثوري أن يذكر موضع القبض فيما له حمل ومؤنة ، وقالوا السلم فاسد إذا لم يذكر موضع القبض . وقال الأوزاعي هو مكروه . وعند المالكية لو سكتوا عنه لم يفسد العقد ؛ ويتعين موضع القبض ، وبه قال أحمد وإسحاق وطائفة من أهل الحديث لحديث ابن عباس وليس فيه ذكر المكان الذي يقبض فيه السلم ، ولو كان من شروطه لبينه النبي (ص) كما بين الكيل والوزن والأجل ، ومثله حديث ابن أبي أوفى

(الثامنة) حديث أبي سعيد مرفوعا « من أسلف في شيء فلا يصرفه إلى غيره » وفيه عطية العوفي .

وقد أخذ به مالك ، مستدلا بأنه إذا أخذ غير الثمن الذي دفع اليه أو صرفه في سلعة غير الطعام الذي ابتاع منه فهو بيع طعام قبل أن يستوفى ، وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك

(التاسعة) قوله تعالى « فاكتبوه » يعني الدين والأجل ، وقد أمرنا بالكتابة لئلا ننسى . روى أبو داود الطيالسي في مسنده عن حماد بن سلمة عن علي بن زيد عن يوسف بن مهران عن ابن عباس قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم في قول الله عز وجل « إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه » الى آخر الآية « إن أول من جحد آدم ، ان الله أراه ذريته ، فرأى رجلا أزهر ساطعا نوره ، فقال يارب من هذا . قال هذا ابنك داود . قال يارب فما عمره ، قال ستون سنة قال يا رب زد في عمره . قال لا إلا أن تزيده من عمرك ، قال وما عمري . قال

ألف سنة ، قال آدم فقد وهبت له أربعين سنة . قال فكتب الله عليه كتاباً وأشهد عليه ملائكته ، فلما حضرته الوفاة جاءته الملائكة . قال انه بقى من عمرى أربعون سنة . قالوا انك قد وهبتها لابنك داود . قال ما وهبت لأحد شيئاً . قال فأخرج الله تعالى الكتاب وشهد عليه ملائكته ، فى رواية ، وأتم لداود مائة سنة ولآدم عمره ألف سنة ، خرجه أيضاً الترمذى

وفى قوله تعالى « فاكتبوه » إشارة ظاهرة إلى أنه يكتبه بجميع صفته المبينة له المعربة عنه للاختلاف المتوهم بين المتعاملين. المعرّفة للحاكم مايحكم به عند ارتفاعها اليه (العاشرة) هل الكتابة فى الديون واجبة ، اختيار الطبرى وجوبها . وقال ابن جريج « من ادّان فليكتب ، ومن باع فليشهد » وقال الشعبى كانوا يرون أن قوله « فإن أمن » ناسخ لأمره بالكتب . وحكى نحوه ابن جريج ، وذهب الربيع إلى أن ذلك واجب بهذه الألفاظ ، ثم خففه الله تعالى بقوله (فإن أمن بعضكم بعضا) . وقال الجمهور الأمر بالكتابة ندب إلى حفظ الأموال ، وازالة الريب ، واذا كان الغريم تقيا فما يضره الكتاب ، وان كان غير ذلك فالكتاب ثقاف له فى دينه ، وحاجة صاحب الحق .

(الحادية عشرة) قوله « وليكتب بينكم كاتب بالعدل » قال عطاء وغيره واجب على الكاتب أن يكتب . وقال الشعبى وذلك اذا لم يوجد كاتب سواه ، فواجب عليه أن يكتب (الثانية عشرة) قوله تعالى « بالعدل » أى بالحق والمعدلة أى لا يكتب لصاحب الحق أكثر مما قاله ولا أقل ، وانما قال بينكم ولم يقل أحدكم ، لأنه لما كان الذى له الدين يتهم فى الكتابة الذى عليه الدين ، وكذلك العكس ، شرع سبحانه كاتبا غيرهما يكتب بالعدل ، لا يكون فى قلبه ولا قلمه انحياز لأحدهما (الثالثة عشرة) الباء فى قوله تعالى « بالعدل » متعلقة بقوله « وليكتب » وليست متعلقة بكاتب لأنه كان يلزم أن يكتب الوثيقة كاتب عدل فى نفسه ، وقد يكتبها صبى وعبد اذا فقهوا ، أما المنتصبون للكتابة — من الكتبة العموميين — فلا يجوز الترخيص لهم بالكتابة إلا إذا كانوا عدولا مرضيين . قال مالك « لا يكتب الوثائق بين الناس الا عارف بها عدل فى نفسه مأمون ، لقوله تعالى « وليكتب بينكم كاتب بالعدل »

الرابعة عشرة : قوله تعالى « ولا يأب كاتب أن يكتب » نهى الله الكاتب عن الإباء ، فقال الربيع واجب على الكاتب إذا أمر أن يكتب ، وقال الحسن : ذلك واجب عليه فى الموضع الذى لا يقدر عليه كاتب غيره فيضر صاحب الدين إن امتنع ، فإن كان كذلك فهو فريضة ، وإن قدر على ذلك غيره فهو سعة إذا قام به غيره ، وحكى المهدوى عن الربيع والضحاك أن قوله : ولا يأب منسوخ بقوله ولا يضار كاتب ولا شهيد ، وللقرطبي بحث لطيف فى ذلك حيث يقول :

هذا — الوجوب — يتمشى على قول من رأى أو ظن أنه قد كان وجب فى الأول على من اختاره المتبايعان أن يكتب ، وكان لا يجوز له أن يمتنع حتى نسخه قوله تعالى « ولا يضار كاتب ولا شهيد » وهذا بعيد ، فانه لم يثبت وجوب ذلك على من أراده المتبايعان كائنا من كان ، ولو كانت الكتابة واجبة ما صح الاستئجار بها لأن الإجارة على فعل الفروض باطلة ، ولم يختلف العلماء فى جواز أخذ الأجرة على كتب الوثيقة .

الخامسة عشرة : قوله تعالى « كما علمه الله فليكتب » المعنى كتبا كما علمه الله ، أى فليفضل كما أفضل الله عليه .

السادسة عشرة : قوله تعالى « وليملل الذى عليه الحق » وهو المدين المطلوب يقر على نفسه بلسانه ، والاملاء والاملال لغتان أمل وأملى ، فأمل لغة الحجاز وبنى أسد ، أما تميم فتقول : أمليت ، وجاء القرآن باللغتين « فهى تملى عليه بكرة وأصيلا » وأمره تعالى بالتقوى فيما يمل ، ونهاه عن أن يبخس شيئا من الحق ، والبخس النقص .

السابعة عشرة : قوله «فان كان الذى عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل فالذى عليه الحق إما مستقل بنفسه فهذا يمل ، وإما سفيه مهلهل الرأى فى المال لا يحسن الأخذ لنفسه ولا الإعطاء مأخوذ من الثوب السفيه وهو الخفيف النسج

الثامنة عشرة : والضعيف قد مر فى بابى البيوع والربا مزيد إيضاح له فى سوق حديث أبى داود والترمذى عن أنس أن رجلا على عهد النبى صلى الله عليه وسلم كان يبتاع وفى عقله ضعف ، فأتى أهله نبى الله صلى الله عليه وسلم فقالوا يا نبى الله

احجر على فلان فانه يبتاع وفى عقله ضعف فدعاه النبى صلى الله عليه وسلم فنهاه عن البيع ، فقال : يارسول الله انى لا أصبر عن البيع ساعة ، فقال رسول الله (ص) « ان كنت غير تارك فقل : ها وها ولا خلابة » وهذا الرجل هو حبان بن منقذ الانصارى والد يحيى وواسع ابنى حبان وذكره البخارى فى التاريخ .

التاسعة عشرة : والذى لا يستطيع أن يمل كالأخرس ، والعيى ، والأبله وماأشبه ذلك واختلاف العلماء فيمن يخدع فى البيوع وعمدتهم فى ذلك الروايات المستفيضة لقصة حبان بن منقذ .

واختصاصه بالخيار ثلاثا كما أورد ذلك النووى فى الجزء الثامن من المجموع

الموفية عشرين : قوله تعالى « فليملل وليه بالعدل » ذهب الطبرى الى أن الضمير فى « وليه » عائد على الحق ، وأسند فى ذلك عن الربيع وعن ابن عباس وقيل هو عائد على الذى عليه الحق وهو الصحيح ، وكيف تشهد البينة على شىء وتدخل مالا فى ذمة السفيه باملاء الذى له الدين ؛ الا أن يمل صاحب الحق ويسمع الذى عجز عن الإملاء اذا لم يعجز عن الاعتراض اذا تحيف صاحب الحق

الحادية والعشرون : قوله « فليملل الذى عليه الحق » يدل على أنه مؤتمن فيما يورده ويصدره ؛ وسيأتى فى الرهن قبول قول الراهن مع يمينه اذا اختلف هو والمرتهن فى مقدار الدين والرهن قائم ان شاء الله تعالى .

الثانية والعشرون : اذا ثبتت صفة الولى كان اقراره جائز على يتيمه كما سيأتى فى الرهن والفرائض ان شاء الله تعالى .

الثالثة والعشرون : فساد تصرف الصبى والمحجور عليه وفسخه كما سيأتى فى الحجر ان شاء الله تعالى .

الرابعة والعشرون : قوله تعالى « واستشهدوا شهيدين من رجالكم » اختلف الناس هل هى فرض أو ندب ، والصحيح أنها ندب .

قال الشافعى فى باب السلم وأحب الشهادة فى كل حق لزم من بيع وغيره نظراً فى المتعقب لما وصفت وغيره من تغير العقول .

الخامسة والعشرون : قوله تعالى « شهيدين » كل ما يترتب على الشهادة من الحقوق المالية والبدنية والحدود جعل لها شهيدين ماعدا الزنا .

السادسة والعشرون : قوله تعالى « من رجالكم » نص فى رفض الكفار والصبيان والنساء والعبيد ، واختار القاضى أبو إسحاق المروزى أن المراد به الأحرار لنقص الرق وأجاز الشعبي والنخعى فى الشىء اليسير وقوله « من رجالكم » يعنى الذين يتداينون ولهم إرادة كاملة فى التصرف ، ولا يتفق هذا مع الرقيق وفى الشهادة بحث سيأتى .

السابعة والعشرون : قوله تعالى « فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان » وفى شهادة المرأة فيما لا يحسن الشهادة فيه غيرها بحث سيأتى إن شاء الله تعالى .

الثامنة والعشرون . جواز شهادة الصبى عند بعض الفقهاء لشهادة الصبيان فى الجراح ، وهو قول مالك فيما إذا لم يختلفوا ولم يفترقوا فى شهادتهم على الكبير أما شهادتهم فيما بينهم فقد قضى بها عبد الله بن الزبير ، ومنع الشافعى شهادة الصبيان وكذلك أبو حنيفة وأصحابه وسيأتى مزيد إن شاء الله تعالى .

التاسعة والعشرون . عند الشافعى ومالك لما جعل الله سبحانه شهادة امرأتين بشهادة رجل وجب أن يكون حكمهما حكمه وسيأتى حكم اليمين فى الشهادة واختلاف الفقهاء فى ذلك .

الموفية ثلاثين . شهادة النساء محصورة فى المال المحض من غير خلاف . لأن حقوق الأموال أحفظ من حقوق الابدان ، ولا تقبل شهادتهن فى النكاح والطلاق المحضين على تفصيل سيأتى .

الحادية والثلاثون . قوله تعالى « ممن ترضون من الشهداء » هذه الآية وان كان الخطاب فيها لجميع الناس ولكن المتلبس بحكمها هم ولاة الامور .

الثانية والثلاثون . يدل أيضاً قوله تعالى « ممن ترضون من الشهداء » على أن فى الشهود من لا يرضى ، على تفصيل سيأتى .

الثالثة والثلاثون . الشهادة ولاية عظيمة ومرتبة شريفة هى قبول قول الغير على الغير ، ولذا شرط فيها الله تعالى الرضا والعدالة ، لأنه يحكم بشغل ذمة المطلوب بشهادته .

الرابعة والثلاثون : « أن تضل إحداهما » والضلال عن الشهادة نسيان جزء منها وذكر جزء ، ومن نسى الشهادة جملة فليس يقال ضالا .

الخامسة والثلاثون . « فتذكر » خفف الذال والكاف ابن كثير وأبو عمرو وعليه فيكون المعنى أن تردها ذكراً فى الشهادة وفيه بعد ، اذ لا يحصل فى مقابلة الضلال الذى معناه النسيان الا الذكر ، وهو معنى قراءة الجماعة بالتشديد .

السادسة والثلاثون . قوله تعالى « ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا » قال الحسن جمعت هذه الآية أمرين وهما ألا تأبى اذا دعيت الى تحصيل الشهادة ، ولا اذا دعيت الى أدائها قاله ابن عباس وفى استدعائهم أو المجىء اليهم ، قال الشافعى فى باب السلم . ويحتمل أن يكون فرضاً على من حضر الحق أن يشهد إمنهم من فيه الكفاية للشهادة ، فاذا شهدوا أخرجوا غيرهم من المأثم ، وان ترك من حضر الشهادة خفت حرجهم بل لا أشك فيه ، وهذا أشبه معانيه به والله أعلم

السابعة والثلاثون . أداء الشهادة مندوب اذا لم يدع لقوله صلى الله عليه وسلم « خير الشهداء الذى يأتى بشهادته قبل أن يسألها » فاذا خيف ضياع الحق وجب أداؤها بغير استدعاء لقوله تعالى « وأقيموا الشهادة لله » وقوله تعالى « الا من شهد بالحق وهم يعلمون » وفى الحديث « انصر أخاك ظالما أو مظلوماً » .

الثامنة والثلاثون . من وجبت عليه شهادة فلم يؤدها ، وترتب على ذلك الذهاب بحق من الحقوق سقطت عدالته فلا يصح أداؤه الشهادة بعد ذلك ، قال فى الأم . فأما من سبقت شهادته بأن شهد أو علم حقا لمسلم أو معاهد فلا يسعه التخلف عن تأدية الشهادة متى طلبت منه فى موضع مقطع الحق .

التاسعة والثلاثون . قوله تعالى « ولا تسأموا أن تكتبوه صغيراً أو كبيراً الى أجله » فهذا النهى عن السآمة انما جاء لتردد المداينة عندهم فخيف عليهم أن يملوا الكتابة ، ويقول أحدهم . هذا قدر يسير لا احتياج الى كتابته ، فأكد الله تعالى حفظ القليل والكثير .

المرفية الاربعين . قوله تعالى « ذلكم أقسط عند الله » يعنى أن يكتب القليل والكثير ويشهد عليه ذلك أعدل وأحفظ .

الحادية والأربعون . قوله تعالى « وأقوم للشهادة » دليل على أن الشاهد لا يؤدى الا ما يعلم ؛ فاذا لم يعلم قال : هذا خطى ولا أذكر الآن ما كتبت .

الثانية والأربعون : قوله تعالى (إلا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم) فى هذه الآية رفع الجناح عن عدم الكتابة فى كل مبايعة بنقد ؛ يداً بيد ، وقد مر فى البيوع المرسلة .

الثالثة والأربعون: قوله تعـالى « تديرونها بينكم » يقتضى التقابض والبينونة بالمقبوض ، ولا يتسنى ذلك فى الرباع والأرض وكثير من الأشياء الثمينة لا يقبل البينونة ولا يغاب عليه ، لذلك حسن الكتابة فيها ، ولحقت فى ذلك مبايعة الدين والسلم . قال الشافعى: البيوع ثلاثة ، بيع بكتاب وشهود وبيع برهان وبيع بأمانة وقرأ هذه الاية . وكان ابن عمر إذا باع بنقد أشهد ، وإذا باع بنسيئة كتب

الرابعة والأربعون ، قوله تعالى « وأشهدوا » سبق بيان ذلك فى أول الباب . وقد روى عن ابن عباس أنه قال لما قيل له إن آية الدين منسوخة . قال لا والله ، إن آية الدين محكمة ليس فيها نسخ .

قال الطبرى: والإشهاد إنما جعل للطمأنينة ، وذلك أن الله تعالى جعل لتوثيق الدين طرقاً : منها الكتاب ومنها الرهن ومنها الإشهاد ، ولا خلاف بين علماء الأمصار أن الرهن مشروع بطريق الندب لا بطريق الوجوب ، فيعلم من ذلك مثله فى الإشهاد ، وما زال الناس يتبايعون حضراً وسفرا ، وبرا وبحرا ، وسهلا وجبلا من غير إشهاد مع علم الناس بذلك من غير نكير ؛ ولو وجب الاشهاد ماتركوا النكير . اهـ . وقد مر تفصيل ذلك فى البيوع وما ورد فيه من الاحاديث

الخامسة والأربعون « ولا يضار كاتب ولا شهيد » قد تشمل هذه الاية درء كل ما يؤدى إلى مضارة الشاهد . كأن يوقف أمام الحكام زمناً يلحقه من جرائه مضارة ، أو يخاطب بلهجة تنم عن ازدرائه وخدش حيائه إن كان من أهل الفضل والعلم ، فإذا دعى الشاهد الى الشهادة واعتذر بمشاغله ، فلا يهان أو يعنف ، أو يكره على الشهادة

السادسة والاربعون « وان تفعلوا فإنه فسوق بكم » يعنى مضارة الشاهد . قال سفيان الثورى : إن أذية الكاتب والشاهد إذا كانا مشغولين معصية وخروج عن الصواب من حيث المخالفة لأمر الله .

وقوله « بكم » أى فسوق حال بكم

السابعة والاربعون: قوله تعالى « واتقوا الله ويعلمكم الله والله بكل شيء عليم» وعد من الله بأن من اتقاه علمه وجعل فى قلبه نورا يفهم به مايلقى اليه . وقد يجعل فى قلبه فرقانا وفيصلا بين الحق والباطل . والله تعالى أعلم

والحق أن هذه الايات فى السلف بلغت من شمول الاحكام واستيعاب صور العمل مع السنة الشريفة ما جعل الشافعى يقول ، قال الشافعى : وما كتبت من الاثار بعدما كتبت من القرآن والسنة والإجماع ليس لان شيئا من هذا يزيد سنة رسول الله (ص) قوة ولا لو خالفها ولم يحفظ معها يوهنها ، بل هى التى قطع بها العذر ، ولكنا رجونا الثواب فى ارشاد من سمع ما كتبنا ، فإن فيما كتبنا بعض مايشرح قلوبهم لقبوله ، ولو تنحت عنهم الغفلة لكانوا مثلنا فى الاستغناء بكتاب الله عز وجل ثم سنة نبيه صلى الله عليه وسلم وما احتاجوا اذا أمر الله عز وجل بالرهن فى الدين الى أن يقول قائل هو جائز فى السلف ، لأن أكثر ما فى السلف أن يكون دينا مضمونا . اه

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وينعقد بلفظ السلف والسلم ، وفى لفظ البيع وجهان من أصحابنا من قال لا ينعقد السلم بلفظ البيع ، فإذا عقد بلفظ البيع كان بيعاً ولا يشترط فيه قبض العوض فى المجلس ، لأن السلم غير البيع فلا ينعقد بلفظه ، ومنهم من قال ينعقد لأنه نوع بيع يقتضى القبض فى المجلس فانعقد بلفظ البيع كالصرف

(الشرح) هذا الخلاف لفظى : لأن صورة السلم يمكن أن تكون نوعا من أنواع البيوع مستثنى منها بإطلاق لفظ السلف أو السلم عليه ، ولا يؤثر الخلاف اللفظى فى جوهره إلا أنهم قضوا فى حالة ما اذا عقد بلفظ البيع ولم يقبضه فى المجلس خرج بذلك عن أن يكون سلما . وكلام الشافعى فى السلم فى كل أنواعه يطلق عليه لفظ البيع فهو نوع خاص من أنواع البيوع أبيح فيه بعض ماهو ممنوع فى صور البيوع الاخرى ومنع فيه بعض ما أبيح فى البيوع الاخرى .

قال الشافعى فى (باب السلف فى السلعة بعينها حاضرة أو غائبة)

ولو سلف رجل رجلا مائة دينار فى سلعة بعينها على أن يقبض السلعة بعد يوم أو أكثر كان السلف فاسداً ، ولا تجوز بيوع الاعيان على أنها مضمونة على بائعها بكل حال ، لأنه لا يمتنع من فوتها ولا بأن لا يكون لصاحبها السبيل على أخذها متى شاء هو لا يحول بائعها دونها إذا دفع اليه ثمنها . وكان إلى أجل لانها قد تتلف فى ذلك الوقت ، وإن قل ، فيكون المشترى قد اشترى غير مضمون على البائع بصفة موجودة بكل حال يكلفها بائعها . ولا ملكه البائع شيئاً بعينه يتسلط على قبضه حين وجب له وقدر على قبضه .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويثبت فيه خيار المجلس لقوله صلى الله عليه وسلم المتبايعان بالخيار مالم يفترقا ولا يثبت فيه خيار الشرط لأنه لا يجوز أن يتفرقا قبل تمامه ولهذا لا يجوز أن يتفرقا قبل قبض العوض فلو أثبتنا فيه خيار الشرط أدى إلى أن يتفرقا قبل تمامه .

﴿ الشرح ﴾ حديث المتبايعان بالخيار رواه الشيخان عن ابن عمر وحكيم بن حزام ورواه الشيخان وأصحاب السنن الا ابن ماجه بلفظ « البيع والمبتاع » عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، ورواه أبو داود عن أبى برزة ، وعن سمرة عند النسائى ، وعن ابن عباس عند ابن حبان .

أما الاحكام فإنه لا يجوز فى عقد السلم أن يتفرقا قبل توفر شروطه أن يكون فى جنس معلوم بصفة معلومة ومقدار معلوم وأجل معلوم وتسليم رأس المال فى المجلس وتسمية مكان التسليم .

قوله : ولهذا لا يجوز أن يتفرقا قبل قبض العوض ، وذلك العوض هو رأس المال وهو الثمن الذى يجب تسليمه فى المجلس الذى وقع العقد به قبل التفرق منه وقبل لزومه لان لزومه كالتفرق اذ لو تأخر لكان فى معنى بيع الدين بالدين ان كان رأس المال فى الذمة ، ولأن فى السلم غرراً ، فلا يضم اليه غرر تأخير رأس المال ، فلا بد من حلول رأس المال كما قاله القاضى أبو الطيب كالصرف ، ولا يغنى عنه شرط تسليمه فى المجلس فلو تفرقا قبل قبض رأس المال أو ألزماه بطل العقد

وكذلك إذا سلم بعضه بطل فيما لم يقبض ، وفيما يقابله من المسلم فيه ، وصح فى الباقى بقسطه ، كما لو اشترى شيئين فتلف أحدهما قبل القبض فيؤخذ منه ثبوت الخيار هذا ما أخذ به الرملى عن صاحب الأنوار وخالف فيه السبكى ، ولو اختلفا فقال المسلم : أقبضتك بعد التفرق ، وقال المسلم اليه : قبله ، ولا بينة صدق مدعى الصحة ، كما علم مما مر فإن أقاما بينتين قدمت بينة المسلم اليه : لانها مع موافقتها للظاهر ناقلة والاخرى مستصحبة ، ولا يكفى قبض المسلم فيه الحال فى المجلس عن قبض رأس المال لان تسليمه فيه تبرع ، وأحكام البيع لا تبنى على التبرعات وكذا لو قال : أسلمت اليك المائة التى فى ذمتك مثلا فى كذا فإنه لا يصح السلم .

قال الرملى : فلو أطلق رأس المال عن تعيينه فى العقد ، كأسلمت اليك ديناراً فى ذمتى فى كذا ثم عين وسلم فى المجلس قبل التخاير جاز ، أى حل العقد وصح ، لان المجلس حريم العقد فله حكمه .

فلو أحال المسلم به المسلم اليه أو عكسه على ثالث له عليه دين فالحوالة باطلة بكل تقدير كما يعلم ذلك فى بابه - أعنى الحواله - فإذا قبضه المحيل وهو المسلم اليه فى الصورة الاولى فى المجلس نص عليه ليعلم منه حكم مالم يقبض فيه بالاولى فلا يجوز ، ومن ثم لو قبضه المحيل من المحال عليه أو من المحتال بعد قبضه باذنه له وسلمه فى المجلس صح بخلاف ما لو أمره المسلم بالتسليم للمسلم اليه ، لان الانسان فى ازالة ملكه لا يصير وكيلا لغيره ، لكن المسلم اليه حينئذ وكيل للمسلم فى القبض فيأخذه منه ثم يرده كما تقرر ، ولا يصح قبضه من نفسه خلافا للقفال . قال : ولو قبضه المسلم اليه وأودعه المسلم وهما بالمجلس جاز ، ولو رده اليه قرضاً أو عن دين جاز أيضا على المعتمد من تناقض فيه ، لان تصرف أحد المتعاقدين فى مدة خيار الآخر انما يمتنع اذا كان مع غير الاخر ، ولان صحته تقتضى اسقاط ما ثبت له من الخيار أما معه فيصح ، ويكون ذلك اجازة منهما .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويجوز مؤجلا للآية ويجوز حالا لانه اذا جاز مؤجلا فلأن يجوز حالا وهو من الغرر أبعد أولى ويجوز فى المعدوم اذا كان موجوداً عند المحل ،

لما روى ابن عباس رضى الله عنه قال قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم المدينة وهم يسلفون فى الثمرة السنتين والثلاث فقال أسلفوا فى كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم فلو لم يجز السلم فى المعدوم لنهاهم عن السلم فى الثمار السنتين والثلاث ويجوز السلم فى الموجود لأنه اذا جاز السلم فى المعدوم فلأن يجوز فى الموجود أولى لانه أبعد من الغرر .

﴿ الشرح ﴾ قوله : للآية قصد قوله تبارك وتعالى « الى أجل مسمى » أما حديث ابن عباس فقد رواه الجماعة .

أما الاحكام لجوازه مؤجلا أمر مجمع عليه ، أما جوازه حالا فجمهور المذاهب على خلافه ، ويستدلون بحديث ابن عباس « الى أجل معلوم » على اعتبار الاجل فى السلم شرطا وفقهاء المذهب لم يختلفوا على جوازه حالا وهم يجيبون على استدلال المخالفين بأن ذكر الأجل فى الحديث ليس للاشتراط ، بل معناه ان كان لأجل فليكن معلوما ، وتعقب بالكتابة فان التأجيل شرط فيها ، وأجيب بالفرق لأن الأجل فى المكاتبه شرع لعدم قدرة العبد غالباً ، واستدل المخالفون بما أخرجه الشافعى عن ابن عباس أنه قال : أشهد أن السلف المضمون الى أجل قد أحله الله فى كتابه وأذن فيه ثم قرأ قوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه » .

وأجيب بأن هذا يدل على جواز السلم الى أجل ، ولا يدل على أنه لا يجوز الا مؤجلا ، واستدل المخالفون بما أخرجه ابن أبى شيبة عن ابن عباس أنه قال « لا تسلف الى العطاء ولا الى الحصاد واضرب أجلا » .

وأجيب بأن هذا ليس بحجة لانه موقوف على ابن عباس وكذلك يجاب عن قول أبى سعيد الذى علقه البخارى ، ووصله عبد الرزاق بلفظ « السلم بما يقوم به السعر ربا ولكن السلف فى كيل معلوم الى أجل » .

وقد اختلف الأئمة فى مقدار الاجل من ساعة الى الميسرة ولو بلغت سنين ، والحق ما ذهبنا اليه من عدم اعتبار الاجل لعدم ورود دليل يدل عليه ، وأما ما يقال من أنه يلزم مع الاجل أن يكون بيعاً للمعدوم ولم يرخص فيه الا

فى السلم ولا فارق بينه وبين البيع الا الأجل ، فيجاب عنه بأن الصيغة فارقة ، وذلك كاف .

قوله : ويجوز السلم فى الموجود إلخ قلت : قال ابن رسلان أما المعدوم عند المسلم اليه وهو موجود عند غيره فلا خلاف فى جوازه اه . وقد اختلف العلماء فى جواز السلم فيما ليس بموجود فى وقت السلم إذا أمكن وجوده فى وقت حلول الأجل ، فذهب جمهور الفقهاء إلى جوازه قالوا ولا يضر انقطاعه قبل الحلول ، وقال أبو حنيفة : لا يصح فيما ينقطع قبله بل لا بد أن يكون موجوداً من العقد إلى المحل ، فلو أسلم فى شىء فانقطع فى محله لم ينفسخ عند الجمهور وفى وجه عندنا ينفسخ ، واستدل أبو حنيفة ومن معه بما أخرجه أبو داود عن ابن عمر « أن رجلا أسلف رجلا فى نخل فلم يخرج تلك السنة شيئاً فاختصما إلى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : بم تستحل ماله ؟ اردد عليه ماله ، ثم قال : لا تسلفوا فى النخل حتى يبدو صلاحه » وهذا نص فى التمر وغيره يقاس عليه ، ولو صح هذا الحديث لكان المصير اليه أولى لدلالته على المطلوب بخلاف حديث عبد الرحمن بن أبزى وعبد الله بن أبى أوفى فليس فيه الا مظنة الاقرار منه صلى الله عليه وسلم ، ولكن حديث ابن عمر هذا فى اسناده مجهول فإن أبا داود رواه عن محمد بن كثير عن سفيان عن أبى اسحاق عن رجل نجرانى عن ابن عمر ومثل هذا لا حجة فيه . ولو صح هذا الحديث لحمل على بيع الأعيان أو على السلم الحال الذى يقول به أصحابنا ، أو على ما قرب أجله .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصــــل ﴾ ويجوز السلم فى كل مال يجوز بيعه وتضبط صفاته كالأثمان والحبوب والثمار والثياب والدواب والعبيد والجوارى والأصواف والأشعار والأخشاب والأحجار والطين والفخار والحديد والرصاص والبلور والزجاج وغير ذلك من الأموال التى تباع وتضبط بالصفات والدليل عليه حديث ابن عباس فى الثمار ، وروى عبد الله بن أبى أوفى قال كنا نسلف ورسول الله صلى الله عليه وسلم فينا فى الزيت والحنطة ، وروى عبد الله بن عمرو بن العاص رضى الله عنه

ان النبي صلى الله عليه وسلم أمره أن يجهز جيشا فنفدت الابل فأمره أن يأخذ على قلاص الصدقة وكان يأخذ البعير بالبعيرين إلى إبل الصدقة .

وعن ابن عباس رضى الله عنه أنه قال فى السلم فى الكرابيس إذا كان ذرعا معلوما إلى أجل معلوم فلا بأس ، وعن أبى النضر قال سئل ابن عمر رضى الله عنه عن السلم فى السرق قال : لا بأس والسرق الحرير فثبت جواز السلم فيما رويناه بالأخبار وثبت فيما سواه مما يباع ويضبط بالصفات بالقياس على ماثبت بالاخبار لأنه فى معناه .

(الشرح) حديث ابن عباس فى الثمار ؛ وحديث عبد الله بن أبى أوفى مر ذكرهما فى أول الباب مع تخريجهما ، أما حديث عبد الله بن عمرو رضى الله عنهما فقد رواه أبو داود فى سننه ، وله شاهد عند سعيد بن منصور فى سننه عن أبى معشر عن صالح بن كيسان عن الحسن بن محمد د أن عليا باع بعيراً يقال له : عصيفر بأربعة أبعرة إلى أجل ، والأثران عن ابن عباس وابن عمر رواهما أصحاب السنن

أما لغات الفصل فقوله : الأشعار جمع شعر والواحدة شعرة والمقصود هنا ما ينبت على جلود المعز والوبر ماينبت على جلود الإبل ، وقوله : فنفدت الإبل أى ذهبت ولم يبق منها شيء ، وقوله : قلاص جمع قلوص وهو من الابل بمنزلة الشابة من النساء ، وقوله : الكرابيس جمع كرباس وهو نسيج خشن ، وقوله : السرق هى شقق الحرير .

أما الأحكام : فقوله : فى كل مال يجوز بيعه خرج بذلك الخمر والخنزير والكلب وكل ما هو غير محترم من الحيوان ، وقوله : وتضبط صفاته ، يعنى مما يمتنع الخلاف فيه إذا وصفت ، ويمكن تمييزها عن غيرها إذا وصفت بصفاتها

قال الشافعى فى باب ما يجوز من السلف : وأن يشترط عليه أن يسلفه فيما يكال كيلا أو فيما يوزن وزناً ومكيال وميزان معروف عند العامة ، فأما ميزان يريه إياه أو مكيال يريه فيشترطان عليه فلا يجوز وذلك لأنهما لو اختلفا فيه أو هلك لم يعلم ماقدره ، ولا يبالى كان مكيالا قد أبطله السلطان أو لا إذا كان معروفا وان كان تمراً قال : تمر صيحانى أو بردى أو عجوة أو جنيب أو صنف من التمر

معروف فإن كان حنطة ، قال شامية أو ميسانية أو مصرية أو موصلية أو صنفاً من الحنطة موصوفا ، وان كان ذرة قال : حمراء ، ثم قال : وان كان فى بعير قال : بعير من نعم بنى فلان ثنى غـير مودن نقى من العيوب سبط الخلق أحمر مجفر الجنبين الخ ، وهذه الدواب يصفها بنتاجها وجنسها وألوانها وأسنانها وأنسابها وبراءتها من العيوب الا أن يسمى عيبا يتبرأ البائع منه ثم قال : وهكذا النحاس يصفه أبيض أو شبها أو أحمر ، ثم قال : وأقل ما يجوز فيه السلف من هـذا أن يوصف ما سلف فيه بصفة تكون معلومة عند أهـل العلم ان اختلاف المسلف والمسلف ، فكل ما وقعت عليه صفة يعرفها أهل العلم بالسلعة التى سلف فيها جاز السلف ؛ وكذلك قال الشافعى فى باب السلف فى الكيل : ولا خير فى السلف فى مكيل الا موصوفا ، ثم قال فى السلف الذرة : والذرة كالحنطة توصف بجنسها ولونها وجودتها ورداءتها وجدتها وعتقها وصرام عام كذا أو عام كذا ومكيلتها وأجلها ، فإن ترك من هذا شيئا لم يجز ، وقال : لا يجوز السلف فى الحنطه فى أكمامها وما يكون من الذرة فى حشرها لان الحشر والا كمام غلافان فوق القشرة التى هى من نفس الحبة التى هى انما هى للحبة بقاء لانها كال خلقتها كالجلد تكمل به الخلقة لا يتميز منها الى أن قال : فإن شبه على أحد بأن يقول فى الجوز واللوز يكون عليه القشر فالجوز واللوز مما له قشر لا صلاح له اذا رفع الا بقشره، لانه اذا طرح عنه قشره ثم ترك عجل فساده .

وقال : وان سلف فى وزن ثم أراد اعطاء كيلا لم يجز من قبل أن الشىء يكون خفيفاً ويكون غـيره من جنسه أثقل منه فإذا أعطاه اياه بالمكيال أقل أو أكثر مما سلفه فيه فكان أعطاه الطعـام الواجب متفاضلا أو مجهولا ، وانما يجوز أن يعطيه معلوما ، فإن أعطاه حقه فذلك الذى لا يلزمه غيره ؛ وان أعطاه حقه وزاده تطوعا منه على غير شىء كان فى العقد فهذا نائل من قبله ، فإن أعطاه أقل من حقه وأبرأه المشترى مما بقى عليه فهذا شىء تطوع به المشترى فلا بأس به .

وقال فى تفريع الوزن من العسل : فإن سلف فى عسل لجاءه بعسل رقيق أريه أهل العلم بالعسل ، فإن قالوا : هذه الرقة فى هذا الجنس من هذا العسل عيب

ينقص ثمنه لم يكن عليه أن يأخذه . وإن قالوا هكذا يكون هـذا العسل . وقالوا رق لحر البلاد أو لعلة غير العيب فى نفس العسل لزمه أخذه

وقال : ألا ترى أنى لو أسلمت فى سمن ووصفته ولم أصف جنسه فسد من قبل أن سمن المعزى مخالف سمن الضأن ، وأن سمن الغنم كلها مخالف البقر والجواميس ، فإذا لم تقع الصفة على الجنس فسد السلف

وقال فى باب السلف فى السمن : والسمن فيه ما يدخن ومالا يدخن ، فلا يلزم المدخن لأنه عيب .

وقال فى السلف فى الزيت : وما اشترى وزنا بظروفه لم يجز شراؤه بالوزن فى الظروف لاختلاف الظروف ، وأنه لا يوقف على حد وزنها إلى أن قال : وإن لم يراضيا وأراد اللازم لهما وزنت الظروف قبل أن يصب فيها الإدام ثم وزنت بما يصب فيها ثم يطرح وزن الظروف ، وإن كان فيها زيت وزن فرغت ثم وزنت الظروف ثم ألقى وزنها من الزيت ، وما أسلف فيه من الإدام فهو له صاف من الرب والعكر وغيره مما خالف الصفاء .

(قلت) والظرف يشبه العلب التى يباع فيها الزيت فى زماننا هذا

وقال فى السلف فى اللبن : يجوز السلف فى اللبن كما يجوز فى الزبد . ويفسد كما يفسد فى الزبد بترك أن يقول ما هو ماعز أو ضأن أو بقر ، وإن كان إبلا أن يقول : لبن غواد أو أوراك ، ويقول فى هذا كله لبن الراعية والمعلفة لاختلاف ألبان الرواعى والمعلفة ، وتفاضلها فى الطعم والصحة والثمن ، فأى هذا سكت عنه لم يجز معه السلم ، ولم يجز إلا بأن يقول « حليبا » أو يقول « لبن يومه » لأنه يتغير فى غده .

وقال فى السلف فى الجبن رطبا ويابسا : والسلف فى الجبن كالسلف فى اللبن لا يجوز إلا بأن يشرط صفته حين يومه ـ إلى أن قال ـ ولا خير فيه إلا بوزن ــ الى أن قال ــ ويشترط فيه جبن ماعز أو بقر أو ضأن ــ الى أن قال ــ وكل ما كان عيبا فى الجبن عند أهل العلم من إفراط ملح أو حموضة طعم أو غيره لم يلزم المشترى .

وقال فى الصوف والشعر : ولا خير فى أن يسلم فى صوف غنم بأعيانها ، ولا شعرها إذا كان ذلك إلى يوم واحد فأكثر وذلك أنه قد تأتى الآفة عليه فتذهبه أو تنقصه ، إلى أن قال : ولا خير فى أن يسلم فى ألبان غنم بأعيانها ولا زبدها ولا سمنها ولا لبنها ولا جبنها .

قال البلقينى : المراد ألا يسلم فى صوف غنم معينة أو شعرها أو فى غير معينة غير الصوف والشعر اه .

قال الشافعى : ولا بأس أن تسلف فى شىء ليس فى أيدى الناس حين تسلف فيه إذا شرطت محله فى وقت يكون موجوداً فيه بأيدى الناس .

وقال فى صفة اللحم وما يجوز فيه ومالا يجوز : من أسلف فى لحم فلايجوز فيه حتى يصفه : لحم ماعز خصى أو ذكر ثنى فصاعداً أو جدى رضيع أو فطيم إلى أن قال : ويشترط الوزن إلى أن قال : وان شرط موضعاً من اللحم وزن ذلك الموضع بما فيه من العظم لأن العظم لايتميز من اللحم كما يتميز التبن والمدر والحجارة من الحنطة (وقاسه على النوى فى التمر) .

وقال الشافعى فى الأم كثيراً عن لحم الوحش والحيتان والرءوس والأكارع والسلف فى العطر وزنا ومتاع الصيادلة واللؤلؤ وغيره من متاع أصحاب الجوهر والتبر غير الذهب والفضة وصمغ الشجر والطين الارمنى وطين البحيرة والمختوم إلى أن وصل إلى السلف فى الحيوان قال :

أخبرنا مالك عن زيد بن أسلم عن عطاء بن يسار عن أبى رافع أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استسلف بكراً فجاءته إبل من الصدقة فقال أبو رافع فأمرنى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أقضى الرجل بكرة ، فقلت : يا رسول الله إنى لم أجد فى الابل إلا جملا خياراً رباعيا ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أعطه إياه فإن خيار الناس أحسنهم قضاء » فهذا الحديث الثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وبه آخذ وفيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ضمن بعيراً بصفة وجنس وسن فكالدنانير بصفة وضرب ووزن ، وكالطعام بصفة وكيل ،

وفيه دليل على أنه لا بأس أن يقضى أفضل مما عليه متطوعا من غير شرط ، وفيه أحاديث سوى هذا .

ثم روى بإسناده عن أبي الزبير عن جابر قال : جاء عبد فبايع رسول الله (ص) على الهجرة ولم يسمع أنه عبد ، فجاء سيده يريده ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم « بعه » فاشتراه بعبدين أسودين ، ثم لم يبايع أحداً بعده حتى يسأله : أعبد هو أم حر ؟ قال وبهذا نأخذ ، وهو إجازة عبد بعبدين ، وإجازة أن يدفع ثمن شيء فى يده فيكون كقبضه .

ثم روى الشافعى بإسناده « أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث مصدقا له فجاءه بظهر مسان ، فلما رآه النبي صلى الله عليه وسلم قال : هلكت وأهلكت ، فقال يا رسول الله إنى كنت أبيع البكرين والثلاثة بالبعير المسن يدا بيد ، وعلمت من حاجة النبي (ص) الى الظهر ، فقال النبي (ص) فذاك إذن » .

ومذهبنا أنه لا ربا فى الحيوان ، وإنما النهى عن المضامين والملاقيح وحبل الحبلة مما كان أهل الجاهلية يتبايعونه ، وهو مفصل فى أبواب الربا التى سبقت فى موطنها .

(فرع) اختلاف الفقهاء فى السلم فى الحيوان ؛ فروى لا يصح السلم فيه وهو قول الثورى وأصحاب الرأى . وروى ذلك عن عمر وابن مسعود وحذيفة وسعيد بن جبير والشعبي والجوزجانى ، لما روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه قال: إن من الربا أبواباً لا تخفى، وإن منها السلم فى السن » ولأن الحيوان يختلف اختلافاً متباينا فلا يمكن ضبطه ، وان استقصى صفاته التى يختلف بها الثمن ، مثل أزج الحاجبين ، أكحل العينين ، أقنى الأنف أشم العرنين ، أهدب الأشفار ألمى الشفة ، بديع الصفة تعذر تسليمه لندرة وجوده على تلك الصفات ومذهبنا ومذهب أحمد صحة السلم فيه

قال ابن المنذر : وممن روينا عنه أنه لا بأس بالسلم فى الحيوان ابن مسعود وابن عباس وابن عمر وسعيد بن المسيب والحسن والشعبي ومجاهد والزهرى والأوزاعى والشافعى وإسحاق وأبو ثور ، وحكاه الجوزجانى عن عطاء والحكم،

لأن أبا رافع قال ، استسلف النبي صلى الله عليه وسلم من رجل بكرا ، رواه مسلم وقد سقناه عن الأم قبل

فأما حديث عمر فلم يذكره أصحاب الاختلاف ، ثم هو محمول على أنهم يشترطون من ضراب فحل بنى فلان . قال الشعبي ، انما كره ابن مسعود السلف فى الحيوان لأنهم اشترطوا نتاج فحل معلوم . رواه سعيد ابن منصور . وقد روى عن على أنه باع جملا يدعى عصيفير بعشرين بعيرا إلى أجل ، ولو ثبت قول عمر فى تحريم السلم فى الحيوان فقد عارضه قول من سمينا ممن وافقنا

قال الشافعى ، وان كان السلف فى خيل أجزأ فيها ما أجزأ فى الإبل وأحب إن كان السلف فى الفرس أن يصف شيَته مع لونه ، فإن لم يفعل فله اللون بهيماً وان كان له شية فهو بالخيار فى أخذها وتركها ، والبائع بالخيار فى تسليمها وإعطائه اللون بهيما ، الى أن قال ، وان أتى على السن واللون والجنس أجزأه ، وإن ترك واحدا من هذا فسد السلف ، الى أن قال ، ولا يحل أن يسلف فى ذات رحم من الحيوان — على أن يوفاها وهى حبلى — من قبل أن الحمل مالا يعلمه إلا الله ، وأنه شرط شيئا فيها ليس فيها ، وهو شراء مالا يعرف ؛ وشراؤه فى بطن أمه لا يجوز ، لأنه لا يعرف ولا يدرى أيكون أم لا . ولا خير فى أن يسلف فى ناقة ومعها ولدها موصوفا ولا فى وليدة ولا فى ذات رحم من حيوان كذلك . ولكن ان أسلف فى وليدة أو ذات رحم من الحيوان بصفة ووصف بصفة ؛ ولم يقل ابنها أو ولد ناقة أو شاة ، ولم يقل ولد الشاة التى أعطاها جاز ، وسواء أسلفت فى صغير أو كبير موصوفين بصفة وسن تجمعها أو كبيرين كذلك

قال ولو سلف فى ذات لبون على أنها لبون كان فيها قولان (أحدهما) أنه جائز ، وإذا وقع عليها أنها لبون كانت له واللبن يتميز منها ولا يكون بتصرفها ؛ انما هو شىء يخلقه الله عز وجل فيها ، كما يحدث فيها البعر وغيره ، فإذا وقعت على هذا صفة المسلف كان فاسدا كما يفسد أن يقول أسلفك فى ناقة بصفها ، ولبن معها غير مكيل ولا موصوف

قال وكل ما أسلفت من حيوان وغيره وشرطت معه غيره فإن كان المشروط

معه موصوفا يحل فيه السلف على الانفراد فسد السلف ، ولا يجوز أن يسلف في حيوان موصوف من حيوان رجل بعينه أو بلد بعينه ولا نتاج ماشية رجل بعينه ، ولا يجوز أن يسلف فيه إلا فيما لا ينقطع من أيدي الناس كما قلنا في الطعام وغيره . قال الشافعي في باب الاختلاف في أن يكون الحيوان نسيئة أو يصلح منه إثنان بواحد .

فخالفنا بعض الناس في الحيوان فقال ، لا يجوز أن يكون نسيئة أبداً ، قال وكيف أجزتم أن جعلتم الحيوان ديناً وهو غير مكيل ولا موزون ، والصفة تقع على العبدين ومعهما دنانير وعلى البعيرين وبينهما تفاوت في الثمن ؟

قال نقلناه ، قلنا أولى الأمور بنا أن نقول به سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم في استسلافه بعيراً وقضائه إياه ، والقياس على ما سواها من سنته ، ولم يختلف أهل العلم فيه .

قال فاذكر ذلك (قلت) أما السنة النص ، فإنه استسلف بعيرا . وأما السنة التي استدللنا بها فإنه قضى بالدية مائة من الإبل ؛ ولم أعلم المسلمين اختلفوا أنها بأسنان معروفة ، وفي مضى ثلاث سنين ، وأنه صلى الله عليه وسلم افتدى كل من لم يطب عنه نفساً من قسم له من سبي هوازن بإبل سماها ست أو خمس إلى أجل

قال ، أما هذا فلا أعرفه ، قلنا فما أكثر مالا تعرفه من العلم . قال أفثابت ؟ قلت نعم ولم يحضرني إسناده . قال ولم أعرف الدية من السنة . قلت وتعرف مما لا تخالفنا فيه أن يكاتب الرجل على الوصفاء بصفة ، وأن يصدق الرجل المرأة العبيد والإبل بصفة؟ قال نعم . وقال ولكن الآية تلزم الابل ، إبل العاقلة وسن معلومة وغير معيبة ، ولو أراد أن ينقص من أسنانها سناً لم تجز ، فلا أراك إلا حكمت بها مؤقتة ، وأجزت فيها أن تكون دينا . وكذلك أجزت في صداق النساء لوقت وصفة ، وفي الكتابة لوقت وصفة . ولو لم يكن روينا فيها شيئا إلا ما جامعتنا عليه من أن الحيوان يكون دينا في هذه المواضع الثلاث أما كنت محجوجا بقولك ، لا يكون الحيوان دينا وكانت علتك فيه زائلة ؟

قلت : قد جعله رسول الله صلى الله عليه وسلم ديناً فى السلف والدية : ولم تخالفنا فى أنه يكون فى موضعين آخرين ديناً فى الصداق والكتابة ، فإن قلت : ليس بين العبد وسيده ربا ، قلت : أيجوز أن يكاتبه على حكم السيد ، وعلى أن يعطيه ثمرة لم يبد صلاحها ، إلى أن قال ، قال الشافعى : وقلت لمحمد بن الحسن : أنت أخبرتنى عن أبى يوسف عن عطاء بن السائب عن أبى البحترى أن بنى عم لعثمان أتوا وادياً فصنعوا شيئاً فى إبل رجل قطعوا به لبن إبله ، وقتلوا فصالها ، فأتى عثمان وعنده ابن مسعود فرضى بحكم ابن مسعود فحكم أن يعطى بواديه إبلا مثل إبله وفصالا مثل فصاله فأنفذ ذلك عثمان فيروى عن ابن مسعود أنه يقضى فى حيوان بحيوان مثله دينا لأنه إذا قضى به بالمدينة وأعطيه بواديه كان دينا ويزيد أن يروى عن عثمان أنه يقول بقوله ، وأنتم تروون عن المسعودى عن القاسم بن عبد الرحمن قال : أسلم لعبد الله بن مسعود فى وصفاء أحدهم أبو زائدة مولانا ، فلو اختلف قول ابن مسعود فيه عندك فأخذ رجل ببعضه دون بعض ألم يكن له قال : بلى ، قلت : ولو لم يكن فيه غير اختلاف قول ابن مسعود ؟ قال : نعم قلت فلم خالفت ابن مسعود ومعه عثمان ومعنى السنة والإجماع ؟ قال : فقال منهم قائل فلو زعمت أنه لا يجوز السلم فيه ويجوز إسلامه ، وأن يكون دية وكتابة ومهراً وبعيراً ببعيرين نسيئة ، قلت : فقله إن شئت قال : فإن قلته ؟ قلت يكون أصل قولك لا يكون الحيوان دينا خطأ بحاله . قال فإن انتقلت عنه ؟ قلت فأنتم تروون عن ابن عباس أنه أجاز السلم فى الحيوان ، وعن رجل آخر من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم ، قال : إنا لنرويه .

قلت : فإن ذهب رجل إلى قولهما أو قول أحدهما دون قول ابن مسعود أيجوز له ؟ قال : نعم قلت : فان كان مع قولهما أو قول أحدهما القياس على السنة والاجماع ؟ قال فذلك أولى أن يقال به ، قلت أفتجد مع من أجاز السلم فى الحيوان القياس فيما وصفت ؟ قال نعم .

وقال الشافعى فى السلف فى الثياب : فان شرطه صفيقا ثخينا لم يكن له أن يعطيه دقيقا وإن كان خيراً منه . لأن فى الثياب علة أن الصفيق الثخين يكون أدفأ فى البرد

وأكنّ فى الحر ، وربما كان أبق فهذه علة تنقصه ، وإن كان ثمن الأدق أكثر فهو غير الذى أسلف فيه وشرط لحاجته .

وتكلم الشافعى عن السلف فى الأهب والجلود فلم يجزه سلما ولا بيعا إلا منظوراً اليه : قال . وذلك أنه لم يجز لنا أن نقيسه على الثياب لأنا لو قسناه على الثياب لم يحل إلا مذروعا مع صفته ، وليس يمكن فيه لاختلاف خلقته عن أن يضبط بذرع بحال وسيأتى فى الفصل التالى إن شاء الله .

وأجاز الشافعى السلف فى الخشب وأجازه خشبا بخشب ، بناء على قاعدة لا ربا فيها عدا الكيل والوزن من المأكول والمشروب كله والذهب والورق ، وما عدا هذا فلا بأس بالفضل فى بعضه على بعض يداً بيد ونسيئة ، سلماً وغير سلم كيف كان إذا كان معلوما ، والسلف فى الخشب مذروعا ومقيسا بالسنتى أو البوصة أو المتر ؛ وفى الكثير منها بالطن والمتر والقليل منها بالوزن والقياس .

وتكلم الشافعى عن السلف فى الحجارة والأرحية وغيرها حتى تكلم على أصنافها ومنع أن يسلف فى أنقاض البيوت للمجازفة وعدم الدقة فى قدرها أما السلف فى العدد فقد جعله الشافعى لا يجوز إلا مع مراعاة ما وصف من الحيوان الذى يضبط سنه وصفته وجنسه والثياب التى تضبط بجنسها وحليتها وذرعها والخشب الذى يضبط بجنسه وصفته وذرعه وما كان فى معناه ولم يجز الشافعى السلف فى البطيخ ولا القثاء ولا الخيار ولا الرمان ولا السفرجل ولا الموز ولا الجوز ولا البيض — أى بيض كان ، دجاج أو حمام أو غيره — ولا البرتقال ولا اليوسفى ، وكذلك ماسواه مما يتبايعه الناس عددا وما كان فى معناه لاختلاف العدد ، واختلافه فى الوزن لأن بعضها قد يزن الكيلو منها عددا يختلف بعضه عن بعض فلا يضبط بعدد ولا وزن ، وما كان مما لا يضبط من صفة أو بيع عدد فيكون مجهولا إلا أن يقدر على أن يكال أو يوزن فيضبط بالكيل والوزن كان يقال أسلفتك فى طن من الموز المغربى يزن اثنى عشر ألف أصبع أو طن من البطيخ لا تزيد حباته على مائتين من النوع الفلانى ، لأن هذه الأنواع كلما قل عددها وزنا دل ذلك على كبر حجمها وجودة نوعها غالبا ، وتلحق بالمأكول من

البقول حيث قال : وإن كان منه شيء يختلف صغاره وكباره لم يجز إلا أن يسمى صغيراً أو كبيراً كالقنبيط تختلف صغاره وكباره ، وكالفجل وكالجزر وما اختلف صغاره وكباره فى الطعم والثمن اه .

وكذلك لا يجوز فى القصب عدا ويجوز وزنا على الصفة التى أسلفناها كل ذلك فور قطعه ، ولو حفظ شيء من ذلك بالثلاجات فزاد وزنه من فعل الرطوبة فسد السلف . وإن جف فى الشمس فنقص ذلك من وزنه أو من مذاقه فسد السلف ولا يجوز السلف فيما يفسد من تلقاء نفسه بمرور الزمن ، إذا لم يتميز عن حديث العهد بصنعته كالاسمنت فإنه يفسد من تلقاء نفسه فلا يصلح للبناء ولا يمكن تمييزه من الصالح للبناء للاتفاق فى الصفات الظاهرة والله تعالى أعلم .

﴿ تنبيه ﴾ تركنا التفصيل فى الطين والزجاج والحجارة لما يمكن للفقيه أن يعرف حكمها مما سقناه من تفصيل فى أشياء كثيرة يؤخذ بقواعدها العامة ويقاس عليها وخشية الإطالة والله الموفق .

قال المصنف رحمه الله :

﴿ فصل ﴾ وأما ما لا ينضبط بالصفة فلا يجوز السلم فيه لأنه يقع البيع فيه على مجهول وبيع المجهول لا يجوز ، قال الشافعى رحمه الله : ولا يجوز السلم فى النبل لأن دقته وغلظه مقصود وذلك لا ينضبط ولا يجوز فى الجواهر كاللؤلؤ والعقيق والياقوت والفيروزج والمرجان لأن صفاءها مقصود وعلى قدر صفائها يكون ثمنها وذلك لا ينضبط بالوصف ولا يجوز السلم فى الجلود لأن جلد الأوراك غليظ وجلد البطن رقيق ولا ينضبط قدر رقته وغلظه ولأنه مجهول المقدار لأنه لا يمكن ذرعه لاختلاف أطرافه ولا يجوز فى الرق لأنه لا ينضبط رقته وغلظه ويجوز فى الورق لانه معلوم القدر معلوم الصفة .

﴿ الشرح ﴾ قوله : الفيروزج هو من الجواهر الثمينة سماوى اللون والنسبة إليه فيروزى ، والمرجان صغار اللؤلؤ ، والرق بفتح الراء وتشديد القاف جلد رقيق يكتب عليه .

أما أحكام الفصل فى باب السلف فى الأهب والجلود : ولا يجوز السلف فى جلود الإبل ولا البقر ولا أهب الغنم ولا جلد إهاب من رق ولا غيره ولا يباع إلا منظورا إليه ، قال : وذلك أنه لم يجز أن نقيسه على الثياب لانا لو قسناه عليها لم يحل إلا مذروعا مع صفته ، وليس يمكن فيه الذرع لاختلاف خلقته عن أن يضبط بذرع بحال ، ولو ذهبنا نقيسه على ما أجزنا بصفه لم يصح لنا ، وذلك أنا إنما نجيز السلف فى بعير من نعم بنى فلان ثنى أو جذع موصوف فيكون هذا فيه كالذرع فى الثوب ، ويقول : رباع وبازل ، وهو فى كل سن من هذه الاسنان أعظم منه فى السن قبله حتى يتناهى عظمه وذلك معروف مضبوط كما يضبط الذرع وهذا لا يمكن فى الجلود — إلى أن قال رحمه الله : — هكذا الجلود لا حياة فيها وإنما تفاضلها فى تخانتها وسعتها وصلابتها ، ومواضع منها ، فلما لم نجد خبرا نتبعه ولا قياسا على شىء مما أجزنا السلف فيه لم يجز أن نجيز السلف فيه .

أما الجواهر الثمينة فقد قال الشافعى رحمه الله فى باب السلف فى اللؤلؤ وغيره من متاع أصحاب الجوهر : لا يجوز عندى السلف فى اللؤلؤ فى الزبرجد ولا فى الياقوت ولا فى شىء من الحجارة التى تكون حليا من قبل أنى لو قلت: سلفت فى لؤلؤة مدحرجة صافيه وزنها كذا وكذا وصفتها مستطيلة ووزنها كذا ، كان الوزن فى اللؤلؤة مع هذه الصفة تستوى صفاته وتتباين ، لأن منه ما يكون أثقل من غيره فيتفاضل بالثقل والجودة ، وكذلك الياقوت وغيره ، فإذا كان هكذا فيما يوزن كان اختلافه لو لم يوزن فى اسم الصغير والكبير أشد اختلافا . ولو لم أفسده من قبل الصفاء ، وإن تباين وأعطيته أقل ما يقع عليه اسم الصفاء أفسدته من حيث وصفت ، لأن بعضه أثقل من بعض ، فيكون الثقيلة الوزن بينا وهى صغيرة وأخرى أخف منها وزنا بمثل وزنها وهى كبيرة ، فيتباينان فى الثمن تباينا متفاوتا ولا أضبط أن أصفها بالعظم أبدا إذا لم توزن اه .

قال النووى فى المنهاج : ولا يصح فيما لو استقصى وصفه عز وجوده كاللؤلؤ الكبار واليواقيت وجارية وأختها أو ولدها .

وخرج بقوله « اللؤلؤ الكبار » الأنواع الصغيرة الدقيقة التى لا تستعمل فى

الزينة ، وإنما التى تطلب للتداوى ، وضبطها الجوينى بسدس دينار ، ولا يصح فى العقيق كما قال الماوردى ، بخلاف البللور . فإنه لا يختلف ، ومعياره إن كان مسطحا بقياس مساحته وسمكه .

(فرع) السلف فى الرءوس والأكارع فيها قولان (أحدهما) لا ، وهو أحد قولى الشافعى وقول أبى حنيفة لعدم انضباطه بكيل أو وزن ، ولا عدد منفرد . وذلك قد يشتبه ما يقع عليه اسم الصغير وهو متباين ، وما يقع عليه اسم الكبير وهو متباين .

(والقول الثانى) نعم . وهو قول أحمد ومالك والاوزاعى وأبى ثور ، لأنه لحم فيه عظم يجوز شراؤه ، فجاز السلم فيه كبقية اللحم . وهو أحد القولين عند الشافعى . قال فى الأم :

ولا يجوز عندى السلف فى شىء من الرءوس من صغارها ولا كبارها ولا الأكارع — الى أن قال — ولو تحامل رجل فأجازه لم يجز عندى أن يؤمر أحد بأن يجيزه إلا موزونا . ثم قال ولاجازته وجه يحتمل بعض مذاهب أهل الفقه ما هو أبعد منه . اه

قوله « ويجوز فى الورق » قلت إذا كان السلم فيه فى نوع مقدور عليه للناس جاز ، ولا يجوز أن يسلم فى ورق يابانى حيث لا يوجد الا (راكتا[1]) ولا يسلم فى وزن من الورق الراكتا لا يقوم المصنع بإشاعته فى السوق وتمكين من أراده من نيله . وصفات الورق ومصادره وأوزانه وأحجامه فى زماننا هذا ينبغى أن يتحرز التجار فيها ، وأكثرهم يشيع بينهم السلم فى تجارة الورق ، فلا يصح إلا موصوفا بوزنه وبلده ولونه وعلامته[2] ان قدر عليه ، وإلا فسد السلم ، لأن العلم إما بالرؤية وإما بالوصف - لأنه فى الذمة - فينبغى مراعاة ما ذكرنا وهو متفق عليه عند الشافعى وأحمد ومالك وأبى حنيفة قولا واحداً

---

(١) ورق أبيض مصنوع فى الجمهورية العربية المتحدة ، حرسها الله

(٢) العلامة التى يقال لها الماركة كالبوريجار والفبريانو والمانيفولد والستانيه والطبع الى آخر أصناف الورق التى لا حصر لها

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يجوز فيما عملت فيه النار كالخبز والشواء ، لأن عمل النار فيه يختلف فلا يضبط ، واختلف أصحابنا فى اللبأ المطبوخ ، فقال الشيخ أبو حامد الاسفراينى رحمه الله لا يجوز لأن النار تعقد أجزاءه فلا يضبط ، وقال القاضى أبو الطيب الطبرى رحمه الله يجوز لأن ناره لينة .

(الشرح) قوله « لا يجوز فيما عملت فيه النار » وهو قول الأصحاب . قال النووى رحمه الله تعالى :

ولا يصح فى المطبوخ والمشوى ، ولا يضر تأثير الشمس ، والأظهر منعه فى رءوس الحيوان

والظاهر أن منع السلم فيما مسته النار علته عدم انضباط تأثير النار فيها ، وإلا لو أمكن انضباط ذلك صح السلم فيه لجواز السلم فى الصابون والسكر والفانيذ واللبأ والدبس، وقد نبه النووى على تصحيح ذلك فى كتابه التنبيه فى كل ما دخلته نار خفيفة ، ومثل ببعض المذكورات ، وإن خالف فى ذلك ابن المقرى تبعاً للأسنوى ، ويؤيد صحة ذلك تصحيحهم للسلم فى الآجر المطبوخ . قال الشربينى الخطيب فى المغنى من كتب المذهب : وعليه يفرق بين بابى الربا والسلم بضيق باب الربا .

فإن قيل قول النووى كغيره « إن نار ما ذكر لطيفة خلاف المشاهد . وهو كلام من لا عهد له بعمل السكر » أجيب بأن مراده اللطيفة المضبوطة ، كما عبرت به ، وصرح الإمام ببيع الماء المغلى بمثله ، فيصح السلم فيه وفى ماء الورد لأن ناره لطيفة كما جزم به الماوردي وغيره

وكذلك أجازوا السلم فى العسل المصفى بالنار ، لأن تصفيته بها لا تؤثر ؛ لأن ناره لطيفة للتمييز .

ويجوز فى الشمع والقند ـ وهو السكر الخام ـ والخزف والفحم

وقول النووى « والأظهر منعه فى رءوس الحيوان » وذلك لاحتوائها على

أجزاء مختلفة من المناخر والمشافر وغيرها — ويتعذر ضبطها — أى حرارة الشمس وتأثيرها .

وقد منع النووى السلم فى البرمة المعمولة ، وهى القدر ، ولا يصح فى القمقم والطنجير والكوز والطست أو الطشت ونحوها كالاباريق والحابية والاسطال الضيقة الفتحات لندرة اجتماع الوزن مع الصفات المشروطة ولتعذر ضبطها اما لاختلاف الاجزاء فى الدقة والغلظ فتكون كالجلد ، أو لمخالفة أعلاها أو وسطها لأسفلها ، أما الجلد المقطع فقد قال الشربينى الخطيب فى المغنى يجوز فيها وزناً لانضباطها لأن جملتها مقصودة ، وما فيها من التفاوت يجعل عفواً ، ولا يصح فى الرق لما ذكر .

(مسألة) إذا كانت البرمة المعمولة لا يجوز فيها السلم ، فهل يصح فى البرمة المصبوبة فى قالب ؟

الراجح جوازه . قال الاشمونى ، والمذهب جواز السلم فى الأوانى المتخذة من الفخار ، وهذا محمول على ما اذا ضبط بالقوالب ولم تختلف أجزاؤه اختلافا يصعب وصفه منضبطا ، وذلك لأن المعمولة هى التى تحفر بالآلات . والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصـــل) ولا يجوز فيما يجمع أجناسا مقصودة لا تتميز كالغالية والند والمعجون والقوس والخف والحنطة التى فيها الشعير لأنه لا يعرف قدر كل جنس منه ، ولا يجوز فيما خالطه ما ليس بمقصود من غير حاجة كاللبن المشوب بالماء والحنطة التى فيها الزوان لأن ذلك يمنع من العلم بمقدار المقصود ، وذلك غرر من غير حاجة فمنع صحة العقد ، ويجوز فيما خالطه غيره للحاجة ، كخل التمر وفيه الماء والجبن ، وفيه الانفحة والسمك المملوح ، وفيه الملح ، لأن ذلك من مصلحته فلم يمنع جواز العقد ويجوز فى الادهان المطيبة ، لأن الطيب لا يخالطه وانما تعبق به رائحته ولا يجوز فى ثوب نسج ثم صبغ لأنه سلم فى ثوب وصبغ مجهول ، ويجوز فيما صبغ غزله ثم نسج لأنه بمنزلة صبغ الاصل ، ولا يجوز فى ثوب عمل فيه من غير غزله كالقرقوبى لأن ذلك لا يضبط ، واختلف أصحابنا

فى الثوب المعمول من غزلين ، فنهم من قال لا يجوز لأنهما جنسان مقصودان لا يتميز أحدهما عن الآخر فأشبه الغالية ، ومنهم من قال يجوز لأنهما جنسان يعرف قدر كل واحد منهما ، وفى السلم فى الرءوس قولان ، أحدهما يجوز لأنه لحم وعظم فهو كسائر اللحوم ، والثانى لا يجوز لأنه يجمع أجناساً مقصودة لا تضبط بالوصف ، ولأن معظمه العظم وهو غير مقصود

(الشرح) قوله « الغالية » طيب يختلط فيه المسك بماء الورد والكافور والعنبر : وأول من سماها بذلك سليمان بن عبد الملك « والند » بفتح النون نوع من الطيب معرب ، وهو من العود كما فى المصباح ، والصواب أنه مزيج من المسك والعنبر والعود ، أما الزوان فهو حب يخالط الحنطة فيكسبها رداءة ، والمعجون خليط كثيف من الطيب ، والقوس معروف

أما الأحكام فقد قال الشافعى فى باب السلف فى الشىء المصلح لغيره :

كل صنف حل السلف فيه وحده فخلط منه شىء بشىء غير جنسه مما يبقى فيه فلا يزايله بحال سوى الماء ، وكان الذى يختلط به قائما فيه ، وكان مما يصلح فيه السلف ، وكانا مختلطين لا يتميزان ، فلا خير فى السلف فيهما من قبل أنهما اذا اختلطا فلم يتميز أحدهما من الآخر لم أدر كم قبضت من هذا وهذا ، فكنت قد أسلفت فى شىء مجهول ، وذلك مثل أن أسلم فى عشرة أرطال سويق لوز فليس يتميز السكر من دهن اللوز ، ولا اللوز إذا خلط به أحدهما ، فيعرف القابض المبتاع كم قبض من السكر ودهن اللوز واللوز . فلما كان هكذا بيعاً كان مجهولا ، وهكذا إن أسلم اليه فى سويق ملتوت مكيل ، لأنى لا أعرف قدر السويق من الزيت ، والسويق يزيد كيله بالللتات ، ولو كان لا يزيد كان فاسداً ، من قبل أنى ابتعت سويقاً وزيتاً والزيت مجهول . وإن كان السويق معروفا . اه

(قلت) ويجوز أن يسلف فى لحم مقدد كالبسطرمة إذا تحدد صنفها من الحيوان : وكونها سمينة أو حمراء مع فصل ما يغشاها من البهار . ويفسد السلم إذا أخفى هذا البهار أوصافها ، ويعفى عنه اذا لم يخف أوصافها ، لأنه كالملح فى السمك المملح وهو مما يصلحه فجاز به . ويعفى عن مس الشمس له والاظهر منعه

فى رءوس الحيوان لتعدد أجزائها وأشفارها كما نص على ذلك النووى فى المنهاج .
ولا يجوز فى لحم مشوى أو مطبوخ (أولا) لدخوله النار (وثانيا) لخفاء أوصافه ولعـــدم تقدير ما أخذت منه النار . وخالف أصحاب أحمد ومالك والاوزاعى وأبو ثور ، فجعلوا حكم ما مسته النار من ذلك حكم غيره ماعدا بعض الحنابلة وهو ضعيف عندهم

ويجوز فى الثياب كالقطن أو الكتان أو الصوف إن كانت هـذه الأصناف خالصة من الخلط ، أو كان خلطها مما يمكن تقديره وضبطه بدقة . على أن يذكر فى العقد النوع والبلد الذى ينسج فيه ان اختلف به الغرض . وقيل يغنى ذكر النوع عنه وعن الطول ، وهو اختيار الشربينى الخطيب ، على أن يذكر الطول والعرض والغلظ والدقة ، والصفاقة والرقة ، والنعومة والخشونة ، لاختلاف الغرض بذلك .

وذكر فى البسيط اشتراط اللون فى الثياب . وقال الاذرعى هو متعين فى الثياب كالحرير والقز والوبر . وكذا القطن ببعض البلاد منه أبيض ومنه أشقر خلقة ، وهو عزيز ، وتختلف الأغراض والقيم بذلك ، ويجوز فيما صبغ غزله قبل النسج . قال الماوردى يجوز إذا بين ما صبغ به وكونه فى الشتاء أو الصيف واللون وبلد الصبغ

أما المصبوغ بعد النسج فقد ذهب النووى فى المنهاج الى أنه الاقيس والابس الأصح ، والأصح منعه ، وبه قطع الجمهور ، وهو المنصوص فى البويطى ، وفرق فى الأم بينه وبين ماصبغ غزله ثم نسج بأن الغزال إذا صبغ ثم نسج يكون السلم فى الثوب ، واذا صبغ بعد النسج فكأنه أسلم فى الثوب والصبغ معاً والصبغ مجهول . وهو قول أصحاب أحمد .

قال الماوردى : ولا يجوز السلم فى الكتان على خشبه ويجوز بعد دقه ، أى وبعد نفضه . ويجوز أن يكون قصده النفض ، فيذكر بلده وطوله ونعومته وخشونته ، ويصح السلم فى التمر ولا يصح فى المكنوز منه كالعجوة فى القواصر كما نقله الماوردى عن الاصحاب ، ولو أسلم فى تمر منزوع النوى ففى صحته وجهان فى الحاوى يظهر منهما الصحة

قال النووى: والحنطة كسائر الحبوب كالتمر، أعنى فى الشروط المطلوبة فيبين نوعها كالشامى والمصرى والصعيدى والبحيرى، وأبيض أو أحمر أو أسمر. قال السبكى وعادة الناس اليوم – أى على عهده رحمه الله تعالى – لا يذكرون اللون ولا صغر الحبات وكبرها، وهى عادة فاسدة مخالفة لنص الشافعى والأصحاب، فينبغى أن ينبه عليها. اه

ولأصحاب أحمد فى ذكر الصفات واستقصائها، قال ابن قدامة: ولا يجب استقصاء كل الصفات لأن ذلك يتعذر وقد ينتهى الحال فيها إلى أمر يتعذر تسليم المسلم فيه، إذ يبعد تسليم المسلم فيه عند المحل بتلك الصفات كلها، فيجب الاكتفاء بالأوصاف الظاهرة التى يختلف الثمن بها ظاهراً.

قلنا: يجمعنا مع القائلين بذلك ما هو مقرر عندنا وعندهم من اشتراط أن يكون السلم فى عام الوجود عند المحل، فإذا تحقق هذا مع الصفات كلها مستقصاة صح السلم. أما إذا تعذر وجوده عاماً فلا يصح التعاقد ابتداء، والصفات التى نذكرها إنما ترد إذا كان لذكرها أثر فى القيمة أو الثمن أو الجودة أو الرداءة، فبطل الخلاف، والله أعلم

قال النووى فى المنهاج: ولا يصح فيما لو استقصى وصفه عز وجوده. اه

وإذا رجعنا إلى تفصيل الصفات فى المسلم فيه عند ابن قدامة رحمه الله وجدناه يقول: ويصف البر بأربعة أوصاف، النوع: فيقول سبيلة أو سلمونى، والبلد فيقول حورانى أو بلقاوى أو سمالى، وصغار الحب أو كباره. وحديث أو عتيق وإن كان النوع الواحد يختلف لونه ذكره ولا يسلم فيه إلا مصفى، وكذلك الحكم فى الشعير والقطنيات وسائر الحبوب

(قلت) وبهذا قلنا. قال النووى بعد ذلك الصفات فى الحيوان تفصيلا، وكله على التقريب. اه

قوله والخف وكذلك النعل بالأولى لعدم انضباط أجزائها، ولأن النعل يشتمل على الجلد وغير الجلد من القماش والورق والخيط والمواد اللاصقة. لأن بها ظهارة وبطانة وحشواً، والعقد لا يفى بذكر أوضاعها وأقدارها. قال الشربينى الخطيب فى المغنى.

وأما الخفاف المتخذة من شيء واحد ومثلها النعال فيصح السلم فيها إن كانت جديدة واتخذت من غير جلد كالثياب المخيطة والأمتعة ، وكذلك لا يجوز السلم فى القسى - جمع قوس ويجمع على أقواس - وهى تصنع من خشب وعظم وعصب وكذلك النبل المريش - بفتح الميم وكسر الراء - لاختلاف وسطه وطرفيه دقة وغلظة ؛ وتعذر ضبطه ، وهو أحد القولين عند الحنابلة ، أما النبل قبل خرطه وتريشه فيصح لتيسر ضبطه قولا واحداً .

ولا يصح السلم فى الكشك - وهو بفتح الكاف ، وتنطقه العامة بكسرها - لعدم ضبط حموضته .

ولا يصح السلم فى الخبز وذلك عند أكثر الأصحاب ، وإن صح عند مالك والشافعى وأحمد وأبى ثور والأوزاعى بناء على اعتبار أن ما مسته النار لا يفارق مالم تمسه النار إذا انضبط ، قال الأصحاب فى الخبز : لا يصح لتأثير النار فيه تأثيراً لا ينضبط ، ولأن ملحه يقل ويكثر ، والقول الثانى صحته ، وصححه الشافعى ومن تبعه ، وحكاه المزنى عن النص الصحة لان ناره مضبوطة والملح غير مقصود والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ولا يجوز السلم فى الطير لأنه لا يضبط بالسن ولا يعرف قدره بالذرع ولا يجوز السلم فى جارية وولدها ولا فى جارية وأختها لانه يتعذر وجود جارية وولدها أو جارية وأختها على ما وصف ، وفى الجارية الحامل طريقان :

أحدهما لا يجوز السلم فيها لان الحمل مجهول .

والثانى : يجوز لأن الجهل بالحمل لا حكم له مع الأم كما نقول فى بيع الجارية الحامل وفى السلم فى شاة لبون قولان . أحدهما لا يجوز لانه سلم فى شاة ولبن مجهول والثانى : يجوز لان الجهل باللبن لا حكم له مع الشاة كما نقول فى بيع شاة لبون .

(الشرح) فقد قال النووى - خلافا للمصنف - ويصح السلم فى الطير ويذكر النوع والصغر ، وكبر الجثة .

قال الشربيني فى شرح المنهاج : والسن إن عرف ، ويرجع فيه للبائع كما فى الرقيق ؛ والذكورة أو الانوثة إن أمكن التميز وتعلق به الغرض .

(فرع) قال الأذرعى : الظاهر أنه لا يجوز السلم فى النحل ، وان جوزنا بيعه ، لأنه لا يمكن حصره بعدد ولا وزن ولا كيل وأنه يجوز السلم فى أوزة وأفراخها ، ودجاجة وأفراخها اذا سمى عددها . قال الرملى وتابعه تلميذه الشربينى وما قاله فى هذه مردود ، يعنى فى الاوزة والدجاجة وأفراخهما اذ هى داخله فى قولهم : حكم البهيمة وولدها حكم الجارية وولدها .

قوله « لا يجوز السلم فيها لان الحمل مجهول » قال الشافعى : أخبرنا مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب أنه قال : لاربا فى الحيوان وانما نهى من الحيوان عن ثلاث عن المضامين والملاقيح وحبل الحبلة . والمضامين مافى ظهور الجمال والملاقيح مافى بطون الإناث وحبل الحبلة بيع كان أهل الجاهلية يتبايعونه ، كان الرجل يبتاع الجزور الى أن تنتج الناقة ثم ينتج مافى بطنها . قال الشافعى ولاخير فى أن يسلم فى جارية بصفة على أن يوفاها وهى حبلى ، ولا فى ذات رحم من الحيوان على ذلك من قبل أن الحمل لا يعلمه الا الله اه .

قوله « وفى السلم فى شاة لبون قولان » قال الشافعى فى باب صفات الحيوان اذا كانت دينا : ولو سلف فى ذات در على أنها لبون كان فيها قولان ، أحدهما أنه جائز ، واذا وقع عليها أنها لبون كانت له ، كما قلنا فى المسائل قبلها ، وان تفاضل اللبن كما يتفاضل المشى والعمل . والثانى : لا يجوز من قبل أنها شاة بلبن لان شرطه ابتياع له ، واللبن يتميز منها ولا يكون بتصرفها ، انما هو شىء يخلقه الله عز وجل فيها كما يحدث فى البعر وغيره ، فإذا وقعت على هذا صفة المسلف كان فاسداً ، كما يفسد أن يقول . أسلفك فى ناقة بصفها ولبن معها غير مكيل ولا موصوف ، وكما لا يجوز أن أسلفك فى وليدة حبلى ، وهذا أشبه القولين بالقياس والله أعلم اه .

(فرع) قال النووى فى المنهاج : ولا يصح السلم فيما يندر وجوده كلحم الصيد بموضع العزة ، ولا فيما لو استقصى وصفه عز وجوده كاللؤلؤ الكبار واليواقيت وجارية وأختها أو ولدها اه .

ويلحق بالجارية وولدها والشاة وولدها أو سخلتها والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وفى السلم فى الأوانى المختلفة الأعلى والأسفل كالابريق والمنارة والكراز وجهان (أحدهما) لا يجوز لأنها مختلفة الأجزاء فلم يجز السلم فيها كالجلود (والثانى) يجوز لأنها يمكن وصفها لجاز السلم فيها كالاسطال المربعة والصحاف الواسعة ، واختلف أصحابنا فى السلم فى الدقيق فمنهم من قال : لايجوز وهو قول أبى القاسم الداركى رحمه الله لأنه لا يضبط ، والثانى يجوز لأنه يذكر النوع والنعومة والجودة فيصير معلوما ولا يجوز السلم فى العقار لأن المكان فيه مقصود والثمن يختلف باختلافه فلا بد من تعيينه والعين لا تثبت فى الذمة .

(الشرح) قوله : الكراز - بضم الكاف وفتح الراء مخففة ومشددة ثم ألف فزاى - زنة غراب ورمان ، وهو القارورة أو كوز ضيق الرأس .

أما الأحكام فقد قال النووى رحمه الله تعالى : ولا يصح فى مختلف كبرمة معمولة وجلد وكوز وطس وقمقم ومنارة وطنجير ونحوها ، ويصح فى الاسطال المربعة وفيما صب منها فى قالب .

قلت : عدم صحة السلم فيما ذكر بسبب اختلاف بعض الآنية من حيث شكلها وقوامها فى البرمة المعمولة وهى المحفورة بآلة وفى الإبريق الذى يختلف اسفله عن أعلاه فى سعته من أسفل ثم ينساب ضيقه إلى أعلا قليلا قليلا ثم يبلغ غاية الضيق المناسب لشكله عند الرقبة ثم يعوج صنبوره إلى الامام كرقبة الأوزة وذلك مع امتداد عنقه إلى أعلا ، وقد يكون له غطاء متحرك ، وفى الكراز كذلك إتساع من أسفل وضيق من وسطه وأعلاه ، وفى الطس أو الطست حافة كالطوق تتدلى من طرفه الاعلى مع اختلاف فى أسفله عن أعلاه . كل هذه الاصناف التى وصفناها هل يجوز فيها السلم ؟ قولان . أصحهما : لا ، وذلك لعدم استطاعة المتعاقدين تحديد وصفها بالعبارة ، وهذا قول أصحاب أحمد . أما الاسطال المربعة والصحاف الواسعة فيجوز فيها قولا واحداً .

قال ابن قدامة : وإن أسلم فى الأوانى التى يمكن ضبط قدرها وطولها وسمكها ودورها ، كالاسطال القائمة الحيطان والطسوت جاز اه .

قلت : لا يشترط ذكر الجيد أو الردىء فى العقد ويحمل مطلقه على أجودها

(فرع) اختلف الأصحاب فى الدقيق فذهب أبو القاسم الداركى إلى عدم الجواز لأنه لا يضبط ، والقول أنه يجوز لإمكان ذكر النعومة والجودة والنوع وبذلك يصير معلوما مقدورا عليه ، فلو أسلم فى دقيق (علامة أو زيرو [1]) جاز لانضباط النوع وإمكان القدرة عليه لدى عامة الناس فإذا تعذر ذلك على الناس فسد السلم فيه والله أعلم .

(فرع) استحدثت فى أزماننا هذه من أسباب الصنعة أدوات لم تكن معروفة عند أئمتنا السابقين رضوان الله عليهم كالمذياع والمرناة وهو جهاز يأتيك بالصورة والصوت (تليفزيون) من بعيد والثلاجة الكهربية والغسالة الكهربية وكل نوع من هذه الأنواع له من التركيب وتنوع القطع وتباين الأجزاء ما يصعب على المتعاقدين ضبطه ، فإن أمكن تحديد النوع والعلامة وكان مع الجهاز دليل مطبوع مكتوب يوضح أجزاءه ومقاديرها وأبعادها وقوتها وكان المتعاقدان خبيرين بأسرارها كوكيل لمؤسسة لصنع الاجهزة أو توزيعها جاز السلم بينهما ، أما إذا لم يكن عليما بدقائق هذه الاجهزة بحيث يمكن تغيير مصباح ، أو محرك جيد ووضع بدله أقل جودة أو قديما فسد السلم لانعدام العلم والاحاطة بدقائق الجهاز ويؤخذ من قول الشافعى فى الأم فى باب لحم الوحش جواز سؤال أهل العلم به ، فان بينوا عيبا رد بالعيب ، وإلا فلا .

(فرع) لا يجوز السلم فى أنواع الأثاث إذا كان يشتمل على الحشايا والاسلاك اللولبية والقطن والجلد والقماش والطلاء وما أشبه ذلك لعدم إمكان انضباطه وتشابه الردىء منها بالجيد والله أعلم .

---

(١) الدقيق العلامة أو الزيرو وهو أجود الدقيق وأعلاه صنفا ويصنع منه الفطائر وأنواع الحلوى .

(فرع) العقار يختلف مكانه من شارع كبير إلى أزقة ضيقة إلى نواصى الطرقات إلى واجهة فى ميدان فسيح مما يجعل كل مكان يختلف ثمنه باختلاف موقعه ، وقد يكون مكان مكتظ بالسكان والاهلين وهو أقل سعراً من مكان لا كثافة فيه بالاهلين ، ومن هنا كان اختلاف الثمن مع اختلاف الغرض يجعل ثبوت العين بالصفات المطلوبة فى الذمة أمراً مستحيلا ، ومن ثم لا يجوز السلم فى العقار كما قال المصنف .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ولا يجوز السلم إلا فى شيء عام الوجود مأمون الانقطاع فى المحل فان أسلم فيما لا يعم كالصيد فى موضع لا يكثر فيه أو ثمرة ضيعة بعينها أو جعل المحل وقتا لا يأمن انقطاعه فيه لم يصح لما روى عبد الله بن سلام رضى الله عنه أن زيد بن سعنة قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم يا محمد هل لك أن تبيعنى تمراً معلوما إلى أجل معلوم من حائط بنى فلان فقال لا يا يهودى ولكن أبيعك تمرا معلوما الى كذا وكذا من الاجل ولانه لا يؤمن أن يتعذر المسلم فيه وذلك غرر من غير حاجة فمنع صحة العقد .

(الشرح) حديث عبد الله بن سلام مر ذكره فى البيوع وبيان درجته وفى بابه لأنس فى الطبرانى فى الكبير والبزار وفيه موسى بن عبيدة الربذى وهو ضعيف أورده الهيثمى فى مجمع الزوائد ، وزيد بن سعنة كان من أحبار اليهود ، أسلم وشهد مع النبى صلى الله عليه وسلم مشاهد كثيرة وتوفى فى غزوة تبوك مقبلا الى المدينة روى عنه عبد الله بن سلام ، وكان عبد الله بن سلام يقول : قال زيد بن سعية — بالياء — ما من علامات النبوة شيء الا وقد عرفته فى وجه محمد صلى الله عليه وسلم وشرف وكرم ، وهذه الرواية وقعت قبل أن يسلم زيد ، والرسول صلى الله عليه وسلم لم يقل ليهودى بعد اسلامه : يا يهودى فعرف أنها كانت قبل اسلامه .

أما أحكام الفصل : فإنه مكمل لما سبق أن بيناه من أقوال الفقهاء فى أن السلم لا يصح فى شيء يندر وجوده ، ونتيجة لذلك لا يصح الا فى عام الوجود مأمون

الانقطاع فى المحل المحدد لتسليمه فيه وفى الوقت المعين ، فإن كان موسمياً — أعنى يكثر فى وقت من العام إلى أجل ما . ثم يقل فى الأسواق أو يندر أو ينقطع فيصح السلم فيه إلى موسمه الذى يكثر فيه ويعم الأسواق

ويصح السلم فى الأصناف المستوردة فى وقت السلم ، وتعرض السفن فى البحار المخاطر نادر الحدوث ، وهو أشبه بتعرض القوافل التى تحمل السلع فى الماضى لمخاطر الطريق ، ولم يمنع ذلك من السلم ، أما وقت الحروب فيمتنع السلم فيها ، والله تعالى أعلم .

قال النووى : ولو أسلم فيما يعم فانقطع فى محله لم ينفسخ على الأظهر ، فيتخير المسلم بين فسخه وبين الصبر حتى يوجد ، فلو علم قبل المحل انقطاعه عنده فلا خيار قبله فى الأصح . اه

أما السلم فى الصيد فقد أجازه الشافعى فى لحمه كلحم الأنيس . قال فى الأم :

ولحم الوحش كله كما وصفت من لحم الأنيس إذا كان ببلد يكون بها موجودا لا يختلف فى الوقت الذى يحل فيه بحال جاز السلف فيه . وإذا كان يختلف فى حال ويوجد فى أخرى لم يجز السلف فيه إلا فى الحال التى لا يختلف فيها . قال ولا أحسبه يكون موجودا فى بلد إلا هكذا . وذلك أن من البلدان مالا وحش فيه وإن كان به منها وحش فقد يخطىء صائده ويصيبه . والبلدان وإن كان منها مايخطئه لحم يجوز فيه فى كل يوم أو بها بعض اللحم دون بعض ، فإن الغنم تكاد أن تكون موجودة والابل والبقر ، فيؤخذ المسلف البائع بأن يذبح فيوفى صاحبه حقه ، لأن الذبح له ممكن بالشراء ، ولا يكون الصيد له ممكنا بالشراء فيه فى الوقت الذى يتعذر فيه لحم الانيس أو شىء منه فى الوقت الذى يسلف فيه ، لم يجز فى الوقت الذى يتعذر فيه ، ولا يجوز السلف فى لحم الوحش إذا كان موجودا ببلد إلا على ما وصفت من لحم الانيس أن يقول : لحم ظبى أو أرنب أو تيتل أو بقر وحش أو حمر وحش أو صنف بعينه ويسميه صغيرا أو كبيرا ، ويوصف اللحم كما وصفت ، وسمينا أو منقيا كما وصفت فى اللحم لا يخالفه فى شىء يكون معه لحمه غير طيب ، شرط صيد كذا دون صيد كذا ؛ فإن لم يشرط سئل أهل العلم به ، فإن كانوا يبينون فى بعض اللحم الفساد ، فالفساد عيب ولا يلزم

المشترى ، فإن كانوا يقولون : ليس بفساد ولكن صيد كذا أطيب فليس هذا بفساد ، ولا يرد على البائع ، ويلزم المشترى

قال الشافعى : ويجوز السلم فى لحم الطير كله لسن وسمانة وإنقاء ووزن غير أنه لا سن ، وانما يباع بصفة مكان السن بكبير أو صغير ، وما احتمل أن يباع مبعضا بصفة موصوفة وما لم يحتمل أن يبعض لصغره وصنف طائره وسمانته وأسلم فيه بوزن لا يجوز أن يسلم فيه بعدد وهو لحم : انما يجوز العدد فى الحى دون المذبوح ، والمذبوح طعام لا يجوز الا وزنا . واذا أسلم فى لحم طير وزنا لم يكن عليه أن يأخذ فى الوزن رأسه ولا رجليه من دون الفخذين ، لأن رجليه لا لحم فيهما ، وأن رأسه إذا قصد اللحم كان معروفا أنه لا يقع عليه اسم اللحم المقصود قصده . انتهى

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يجوز السلم إلا فى قدر معلوم لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « أسلفوا فى كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم » فان كان فى مكيل ذكر كيلا معروفا ، وان كان فى موزون ذكر وزنا معروفا ؛ وان كان فى مذروع ذكر ذرعا معروفا ، فان علق العقد على كيل غير معروف كملء زبيل لا يعرف ما يسع أو ملء جرة لا يعرف ما تسع أو زنة صخرة لا يعرف وزنها أو ذراع رجل بعينه لم يجز لأن المعقود عليه غير معلوم فى الحال لأنه لا يؤمن أن يهلك ما علق عليه العقد فلا يعرف قدر المسلم فيه . وذلك غرر من غير حاجة فمنع صحة العقد ، كما لو علقه على ثمرة حائط بعينه ، وان أسلم فيما يكال بالوزن وفيما يوزن بالكيل جاز لأن القصد أن يكون معلوما والعلم يحصل بذلك ، وان أسلم فيما لا يكال ولا يوزن كالجوز والبيض والقثاء والبطيخ والبقل والرءوس اذا جوزنا السلم فيها أسلم فيها بالوزن . وقال أبو اسحق يجوز أن يسلم فى الجوز كيلا لأنه لا يتجافى فى المكيال والمنصوص هو الاول .

(الشرح) حديث ابن عباس مر ذكره ، وقد رواه الجماعة بصيغة الإخبار لا بصيغة الإنشاء كما ساقه المصنف ولفظه « قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم

المدينة وهم يسلفون فى الثمار السنة والسنتين . فقال : من أسلف فليسلف فى كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم »

أما الأحكام فقوله : فإن كان مكيلا ذكر كيلا معلوماً ، أعنى معروفا للناس ؛ ولو كان السلطان قد أبطله ، الا أن الناس ظلوا يتعاملون به فيما بينهم كان السلم فيه صحيحا ، ولا يصح فى كيل أو وزن غير معروفين للناس ، ولو كان السلطان فرضهما ولكن الناس لم يتعاملوا بهما ، والعبرة بشيوع المكيال والميزان عند عامة الناس ، فإذا أعطى السلطان مهلة للناس لتصفية ما عندهم من موازين ومكاييل وحددها بأجل ينتهى فيه العمل بهذه المكاييل وجب على الناس طاعة للسلطان ألا يسلفوا فى المكيال أو الميزان اللذين تحدد أجل العمل بهما إلا فيما قبل مهلة الابطال لاحتمال أن يتعرضوا للعقاب عند المخالفة

قوله « وان كان فى مذروع » أى كان القياس فيه بالذراع ، ومثله المتر والياردة والقدم فى عصرنا هذا ، ويجرى على المقياس ما يجرى على الميزان والمكيال .

(فرع) لا يجوز أن يسلم فى المذروع وزناً ، ولا بد من تقدير المذروع بالذرع بغير خلاف نعلمه .

قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السلم جائز فى الثياب بذرع معلوم . اه

وفيما عدا المكيل والموزون والمذروع فعلى ضربين ، معدود وغيره ، فالمعدود نوعان (أحدهما) لا يتباين كثيراً كالبيض والبقل والرءوس من الأنواع التى ذكرها المصنف ؛ لأن القثاء والبطيخ يباعان فى زماننا هذا بالوزن فى أكثر البلدان ، فيسلم فى الأنواع المذكورة عددا ، وقد نص الفقهاء على جواز السلم فى الجوز كيلا ووزنا ولا يجوز عددا .

قال النووى : ويشترط الوزن فى البطيخ والباذنجان والقثاء والسفرجل والرمان ، ويصح فى الجوز واللوز بالوزن فى نوع يقل اختلافه ، وكذا كيلا فى الأصح . قال السبكى : ويجوز الكيل والوزن فى البندق واللوز والفستق ، قال ولا أظن فيهما خلافا (قلت) ويجوز فى المشمش كيلا ووزنا وان اختلف نواه كبرا وصغرا . والله أعلم

فالذى لا يتباين كثيرا من المعدود يسلم فيه عددا ، وهو قول أبى حنيفة والاوزاعى . وقال الشافعى يسلم فى البيض والجوز كيلا ووزنا ولا يجوز عددا لأن ذلك يتباين ويختلف فلم يجز عددا كالبطيخ ، فإن فيه الكبير والصغير

ولأصحاب أحمد قول أنه إذا كان التفاوت يسيرا ويذهب باشتراط الكبر والصغر والوسط ، ذهب التفاوت وان بقى شىء يسير عفى عنه ، ويفارق البطيخ فإن التفاوت فيه كبير فلا ينضبط بالعدد

(الضرب الثانى) ما يتفاوت كالرمان والسفرجل والقثاء والخيار فهذا حكمه حكم ما ليس بمعدود من البطيخ والبقول ففيه وجهان

(أحدهما) يسلم فيه عددا ويضبطه بالصغر والكبر لأنه يباع هكذا ، وهو قول أحمد ومالك (والثانى) لا يسلم فيه الا وزنا ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى لأنه لا يمكن تقديره بالعدد ، لأنه يختلف كثيرا ويتباين جدا فلم يمكن تقديره بغير الوزن ، فتعين تقديره به . والله أعلم

(فرع) لا يجوز أن يسلم فى ثمرة بستان بعينه ، ولا قرية صغيرة ، لأنه لا يؤمن تلفه وانقطاعه. قال ابن المنذر : ابطال السلم اذا أسلم فى ثمرة بستان بعينه كالإجماع من أهل العلم ، وممن حفظنا أنه قال ذلك الثورى ومالك والاوزاعى والشافعى وأصحاب الرأى واسحاق ، وهو مذهب أحمد . والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يجوز حتى يصف المسلم فيه بالصفات التى تختلف بها الأثمان كالصغر والكبر ، والطول والعرض ؛ والدور والسمك ، والنعومة والخشونة ، واللين والصلابة ، والرقة والصفاقة ، والذكورية والانوثية ، والثيوبة والبكارة والبياض والحمرة ، والسواد والسمرة ، والرطوبة واليبوسة والجودة والرداءة ، وغير ذلك من الصفات التى تختلف بها الأثمان ، ويرجع فيما لا يعلم من ذلك الى نفسين من أهل الخبرة ، وان شرط الاجود لم يصح العقد ، لأنه ما من جيد إلا ويجوز أن يكون فوقه ما هو أجود منه فيطالب به فلا يقدر عليه ، وان شرط الاردأ ففيه قولان (أحدهما) لا يصح لأنه ما من ردىء الا ويجوز أن يكون

دونه ماهو أردأ منه فيصير كالاجود ؛ والثانى أنه يصح لانه ان كان مايحضره دون الاردأ فهو الذى أسلم فيه ؛ وان كان دونه أردأ منه فقد تبرع بما أحضره فوجب قبوله فلا يتعذر التسليم .

وإن أسلم فى ثوب بالصفات التى يختلف بها الثمن ، وشرط أن يكون وزنه قدرا معلوماً ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح ، وهو قول الشيخ أبى حامد الاسفراينى لأنه لا يتفق ثوب على هـذه الصفات مع الوزن المشروط إلا نادرا فيصير كالسلم فى جارية وولدها وكالسلم فيما لا يعم وجوده (والثانى) أنه يجوز ، لأن الشافعى رحمه الله نص على أنه إذا أسلم فى آنية وشرط وزنا معلوما جاز فكذلك ههنا .

(الشرح) هذا الفصل أحكامه مستوفاه فى باب تسليم المسلم فيه بعد هذا الباب وإن كان المطلوب هنا عدم جواز العقد خاليا من ذكر الصفات فى المسلم فيه ، وقد مر بك تفصيل هذا . قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصـل) فإن أسلم فى مؤجل وجب بيان أجل معلوم لحديث ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال: أسلفوا فى كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم ولأن الثمن يختلف باختلافه فوجب بيانه كالكيل والوزن وسائر الصفات والاجل المعلوم ما يعرفه الناس كشهور العرب وشهور الفرس وشهور الروم وأعياد المسلمين والنيروز والمهرجان ؛ فإن أسلم الى الحصاد أو الى العطاء أو الى عيد اليهود والنصارى لم يصح لأن ذلك غير معلوم لأنه يتقدم ويتأخر ، وان جعله الى شهر ربيع أو جمادى صح وحمل على الاول منهما . ومن أصحابنا من قال لا يصح حتى يبين ؛ والمذهب الاول لأنه نص على أنه إذا جعل إلى النفر حمل على النفر الاول ، فإن قال الى يوم كذا كان المحل اذا طلع الفجر . فإن قال الى شهر كذا كان المحل إذا غربت الشمس من الليلة التى يرى فيها الهلال ، فإن قال محله فى يوم كذا أو شهر كذا أو سنة كذا ففيه وجهان : قال أبو على ابن أبى هريرة : يجوز ويحمل على أوله ، كما لو قال لامرأته أنت طالق فى يوم كذا أو شهر كذا أو سنة كذا فإن الطلاق يقع فى أولها (والثانى) لايجوز وهو الصحيح لأن ذلك يقع على جميع أجزاء اليوم والشهر والسنة ؛ فإذا لم يبين كان مجهولا ويخالف الطلاق فإنه يجوز الى أجل مجهول واذا صح تعلق بأوله بخلاف السلم. فان ذكر شهورا مطلقة حمل على

شهور الاهلة لأن الشهور فى عرف الشرع شهور الاهلة فحمل العقد عليها فان كان العقد فى الليلة التى رؤى فيها الهلال اعتبر الجميع بالأهلة وإن كان العقد فى أثناء الشهر اعتبر شهراً بالعدد وجعل الباقى بالأهلة فان أسلم فى حال وشرط أنه حال صح العقد وان أطلق ففيه وجهان .

(أحدهما) لا يصح لأنه أحد محلى السلم فوجب بيانه كالمؤجل (والثانى) أنه يصح ويكون حالا لأن ماجاز حالا ومؤجلا حمل اطلاقه على الحال كالثمن فى المبيع وان عقد السلم حالا ثم جعله مؤجلا أو مؤجلا فجعله حالا أو زاد فى أجله أونقص نظرت فان كان ذلك بعد التفرق لم يلحق بالعقد لأن العقد استقر فلا يتغير وان كان قبل التفرق لحق بالعقد . وقال أبو على الطبرى إن قلنا ان المبيع انتقل بنفس العقد لم يلحق به والصحيح هو الأول وقد ذكرناه فى الزيادة فى الثمن .

(الشرح) حديث ابن عباس سبق تخريجه وضبطه لفظا .

أما لغات الفصل : فشهور العرب هى المحرم وصفر وربيع الأول وربيع الآخر وجمادى الأولى وجمادى الآخرة ورجب وشعبان ورمضان وذو القعدة وذو الحجة

أما شهور الفرس فقد كان معمولا بها فى الدولة العباسية وتبدأ سنتها من عيد النيروز وهو نزول الشمس برج الميزان ، والمهرجان بكسر الميم نزولها برج الحمل

اما الشهور الرومية فهى كانون الثانى (يناير) وشباط (فبراير) وآذار (مارس) ونيسان (إبريل) وأيار (مايو) وحزيران (يونيو) وتموز (يوليو) وآب (أغسطس) وأيلول (سبتمبر) وتشرين الأول (اكتوبر) وتشرين الثانى (نوفمبر) وكانون الأول (ديسمبر) وهذه اسماؤها بالسريانيه والفرنجية .

أما الأحكام ، فقد قال النووى فى المنهاج : فإن عين شهور العرب أو الفرس أو الروم جاز ، وإن أطلق حمل على الهلالى ؛ فإن انكسر شهر حسب الباقى بالاهلة ، وتمم الاول ثلاثين .

قلت : يشترط لصحة السلم فى شهور الفرس معرفة المسلمين بها فان كانت قد أهملت وترك الناس العمل بها كما هو واقع فى زماننا لا يصح التوقيت بها فى السلم ؛ والعبرة بمعرفتها لدى المسلمين ، ولذلك قال الشربينى فى المغنى : يجوز بعيد

الكفار (كالكريسماس) وكفصح النصارى وفطير اليهود إن عرفها المسلمون ، ولو عدلان منهم أو المتعاقدان بخلاف ما إذا اختص الكفار بمعرفتها إذ لا يعتمد قولهم اه .

قال الرملي في النهاية : نعم إن كانوا عددا كثيرا يمنع تواطؤهم على الكذب جاز كما قاله ابن الصباغ لحصول العلم بقولهم اه .

نعم لو انعقد في أول ليله آخر الشهر اكتفى بالاشهر بعده بالاهلة ، وان نقص بعضها ولا يتمم الاول مما بعدها لانها مضت عربية كوامل ، هذا إن نقص الشهر الأخير ، والا لم يشترط انسلاخه ، بل يتمم منه المنكسر ثلاثين يوما لتعذر اعتبار الهلال فيه حينئذ .

فاذا قال : أسلفتك الى شهر ربيع أو جمـــادى ولم يبين أى الربيعين أو أى الجماديين ، حمل على الأول أعنى على ربيع الأول وعلى جمادى الاولى ، وكذلك اذا قال الى العيد فان كان بعد الفطر وقبل الاضحى حمل على الاضحى ، وان كان بعد الاضحى حمل على الفطر ، ومن أصحابنا من قال لا يصح حتى يبين ، والمذهب الاول ، وهو اختيار المصنف والنووى والرملي والشربيني أرجح ودليل ذلك أنه نص على أنه اذا جعله الى النفر حمل على النفر الاول والله أعلم :

كل هذا لأن العلم بالأجل شرط فلو قال : الى الحصاد أو الميسرة أو قدوم الحاج أو طلوع الشمس لم يصح ، ولو قالا : أول فصل الشتاء وقصدا يوم الثانى والعشرين من كانون الثانى وهو أول الشتاء على ما قرره علماء الهيئة ، أو قالا : أول فصل الربيع ، وقصدا الحادى والعشرين من آذار ، أو أول فصل الصيف وقصدا الثانى والعشرين من حزيران ، أو أول الخريف وقصد الثالث والعشرين من تشرين الاول لم يصح لاحتمال أن يجحد أحدهما ، ولان أول الفصل قد يبلغ الشهر أو أكثر فلم يصح الا على قول على بن أبي هريرة في حمل الإطلاق على الاول قياسا على النفر والعيد وربيع وجمادى وهو قياس غير مقبول عند الاصحاب .

فاذا قال : الى أول أو آخر رمضان ، قال الإمام والبغوى : ان قال الى أول أو آخر رمضان ينبغى أن يصح ويحمل على الجزء الاول من كل نصف كما في النفر

قال فى الشرح الصغير : وهو الأقوى . وقال السبكى : وهو الصحيح ، ونقله الأذرعى عمن ذكر وغيره عن نص الأم وقال : إنه الأصح نقلا ودليلا . وقال الزركشى : إنه المذهب ، وقد سوى الشيخ أبو حامد بين إلى رمضان وإلى غرته وإلى هلاله وإلى أوله ، فان قال : إلى أول يوم من الشهر حل بأول جزء من أول اليوم ، وكذا الماوردى .

وقال الرملى : وما ذكراه آخراً بعد الصحة من حمله على الجزء الأول من كل نصف رأى مرجوع فى آخره ، أما على الراجح فيحمل على آخر جزء منه ، ولو قال : فى رمضان لم يصح . لأنه جعل جميعه ظرفاً فكأنهما قالا : يحل فى جزء من أجزائه وهو مجهول ، وإنما جاز ذلك فى الطلاق ، لأنه لما قبل التعليق بالمجهول كقدوم زيد قبله بالعام ثم تعلق بأوله لصدق اللفظ به ، فوجب وقوعه فيه لكونه قضية الوضع والعرف .

وأما السلم فلما لم يقبل التأجيل بالمجهول لم يقبله بالعام ، وإنما قبله بنحو العيد لأنه وضع لكل من الأول والثانى بعينه فدلالته على كل منهما أقوى من دلالة الظرف على أزمنته ، لانه لم يوضع لكل منها بعينه ، بل لزمن مبهم منها اه .

وقال الشافعى فى الأم : وكذلك لو قال : أجلك فيه شهر كذا أوله وآخره لا يسمى أجلا واحداً ، فلا يصلح حتى يكون أجلا واحدا ، ولو سلفه إلى شهر كذا ، فإن حبسه فله كذا كان بيعاً فاسدا ، وإذا سلف فقال : إلى شهر رمضان من سنة كذا كان جائزا والأجل حين يرى هلال شهر رمضان أبدا حتى يقول : إلى انسلاخ شهر رمضان أو مضيه أو كذا وكذا يوما يمضى منه إلى أن قال : ولو قال إلى عقب شهر كذا كان مجهولا فاسدا .

وكلام المصنف مشعر ببطلان العقد إذا أطلق الشهر ولم يحدد اليوم خلافا لابى على بن أبى هريرة لان الإطلاق فى الشهر يقع على جميع أجزائه وإذا أطلق فى السنة يقع على جميع أجزائها وقد رفض الاصحاب هذا القول .

(فرع) إذا أحضر المسلم إليه المسلم فيه قبل محله — بكسر الحاء — أى وقت حلول الاجل فامتنع المسلم من قبوله لغرض صحيح ، كأن كان حيواناً يحتاج لمؤنة

ونفقة إلى حلول الاجل ، أو كان يترقب زيادة سعره عند المحل — فيما يظهر — أو وقت إغارة لو قبلها هلكت ، أو كان يريد أكله طريا فى محله إن كان فى لحم ونحوه - وكان المؤدى فى ذلك كله يريد أن يفوت على المسلم مصلحة أو يلحق به ضررا - لم يجبر على قبوله .

وان كان للمؤدى غرض صحيح ، كفك رهن ، أو براءة ضامن - كما لو كان المسلم فيه توقع عليه حجز وأراد استشكال هذا الحجز ، ثم يرفع قضية استرداد لتسليم المسلم فيه المحجوز عليه للمسلم ، أو كان يخاف انقطاع الجنس عند حلول الأجل ، أو كان المسلم ليس له غرض صحيح فى الامتناع ، أو كان يريد الحاق الضرر بالمؤدى ، أو كان المؤدى يريد مجرد ابراء الذمة ، أجبر المسلم لان امتناعه حينئذ للتعنت . وفى حالة ارادة مجرد ابراء الذمة فما قررناه فيها هو أظهر القولين والثانى لا يجبر للمنة ، وسيأتى مزيد فى باب تسليم المسلم فيه ان شاء الله تعالى .

(فرع) اذا أطلق المتعاقدان فى محل - بكسر الحاء - السلم فلم يذكرا وقتا ولم يحددا أجلا انصرف الى كونه حالا ، لان ما جاز حالا ومؤجلا حمل اطلاقه على الحال ، وهذا هو قول الشافعى وابن المنذر وأبى ثور .

(فرع) اذا أراد أحدهما أن يجعل الحال مؤجلا ، أو أراد أن يزيد فى الاجل نظرت ، فان كان ذلك بعد التفرق وهو لزوم العقد لم يلحق بالعقد ، لأن العقد استقر فلا يتغير .

واذا أراد أحدهما أن يجعل المؤجل حالا - نظرت - فان كان ذلك من المؤدى وهو المسلم اليه : أجرينا عليه ما قلناه فيما اذا أحضر المسلم فيه قبل محله فى فرع سبق من هذا الفصل ، وان كان بنقص فى الأجل وكان ذلك بعد لزوم العقد أو بعد التفرق فلا يلحق بالعقد لان العقد قد استقر . وان كان ذلك كله ، أعنى الزيادة فى الأجل أو النقصان فيه أو جعله حالا ، قبل التفرق أو قبل لزوم العقد لحق ذلك بالعقد والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ وان أسلم فى جنسين الى أجل أو فى جنس الى أجلين ففيه قولان (أحدهما) أنه لا يصح لان ما يقابل أحد الجنسين أقل مما يقابل الآخر وما يقابل

أحدهما أجلا أقل بما يقابل الآخر وذلك مجهول فلم يجز (والثانى) أنه يصح وهو الصحيح لأن كل بيع جاز فى جنس واحد وأجل واحد جاز فى جنسين وفى أجلين كبيع الأعيان ودليل القول الأول يبطل ببيع الأعيان فانه يجوز إلى أجلين وفى جنسين مع الجهل بما يقابل كل واحد منهما .

(الشرح) إذا أسلم فى جنسين إلى أجل ، وصورة ذلك أن يسلم دينارا فى قميص وكتاب ولم يبين ثمن كل واحد منهما على حدة ، فقد جوزه مالك وأحد القولين عند الشافعى ومنعه أحمد ، والقول الآخر عند الشافعى ، والقول المجيز يحتج بأن كل عقد جاز على جنسين فى عقدين جاز عليهما فى عقد واحد كبيوع الأعيان لما يشتمل عليه من مبانى وغيرها على النحو الذى سبق فى بيوع الاعيان وهو كما لو بين ثمن أحدهما .

ويقول المانعون إن ما يقابل كل واحد من الجنسين مجهول فلم يصح كما لو عقد عليه مفردا بثمن مجهول ، ولان فيه غررا أثر مثله فى السلم وبمثل هذا عللوا معرفة صفة الثمن وقدره ، والوجه الاخر أنه لا يشترط لأنه لما جاز أن يسلم فى شيء واحد إلى أجلين ، ولا يبين ثمن كل واحد منهما ، كذا ههنا ، قال ابن موسى ولا يجوز أن يسلم خمسة دنانير وخمسين درهما فى كر حنطة حتى يبين حصة ما لكل واحد منهما من الثمن ، والأولى صحة هذا ، لأنه إذا تعذر بعض المسلم فيه رجع بقسطه منهما وأمكن معرفة ثمن كل منهما مادام موصوفا بصفاته من ثمن مثله فى أجله ، كذلك اذا أسلف فى جنس واحد الى أجلين فقد قال الشافعى : اذا أسلم فى جنس واحد الى أجلين ففيه قولان ،

أحدهما : لا يصح ، لان ما يقابل أبعدهما أجلا أقل مما يقابل الاخر وذلك مجهول فلم يجز ، قلت : ولنا أن كل بيع جاز الى أجل واحد جاز فى أجلين ، وقد أجازه أحمد وأصحابه فى أكثر من أجلين الى آجال ، كبيوع الاعيان ، فاذا قبض البعض وتعذر قبض الباقى ففسخ العقد رجع بقسطه من الثمن ولا يجعل للباقى فضلا عن المقبوض ، لانه مبيع واحد متماثل الاجزاء فيقسط على أجزائه بالسوية كما لو اتفق أجله والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وأما بيان موضع التسليم فإنه إن كان العقد فى موضع لا يصلح للتسليم كالصحراء وجب بيانه ، وان كان فى موضع يصلح للتسليم ففيه ثلاثة أوجه :

(أحدها) يجب بيانه لأنه يختلف الغرض باختلافه فوجب بيانه كالصفات

(والثانى) لا يجب بل يحمل على موضع العقد كما نقول فى بيع الاعيان

(والثالث) أنه إن كان لحمله مؤنة وجب بيانه لأنه يختلف الثمن باختلافه فوجب بيانه كالصفات التى يختلف الثمن باختلافها . فإن لم يكن لحمله مؤنة لم يجب بيانه لأنه لا يختلف الثمن باختلافها فلم يجب بيانه كالصفات التى لا يختلف الثمن باختلافها .

(الشرح) قال النووى رحمه الله تعالى : المذهب أنه إذا أسلم بموضع لا يصلح للتسليم أو يصلح، ولحمله مئونة اشترط محل التسليم وإلا فلا . قال الرملى فى النهاية المذهب أنه إذا أسلم سلما حالا أو مؤجلا وهما بموضع لا يصلح للتسليم ، أو سلما مؤجلا وهما بمحل يصلح له ولكن لحمله ، أى المسلم فيه مئونة اشترط بيان محل ، بفتح الحاء ، أى مكان التسليم للمسلم فيه لتفاوت الاغراض فيما يراد من الامكنة فى ذلك ، والا بأن كان صالحا للتسليم ، والسلم حال أو مؤجل ، ولا مئونة لحمل ذلك اليه فلا يشترط ما ذكر ، ويتعين محل العقد للتسليم للعرف فيه ، فإن عينا غيره تعين بخلاف المبيع ، لأن السلم لما قبل شرطا يقتضى تأخير التسليم ، ولو خرج المعين للتسليم عن الصلاحية تعين أقرب محل صالح له ، ولو أبعد منه ، ولا أجرة له فيما يظهر لاقتضاء العقد له فهو من تتمة التسليم الواجب ، ولا يثبت للمسلم خيار ، ولا يجاب المسلم اليه لو طلب الفسخ ورد رأس المال، ولو لخلاص ضامن وفك رهن خلافا للبلقينى ومن تبعه

(قلت) والمسألة فيها ثلاثة أوجه عند المصنف فى الصالح فقط وستة طرق عند الرملى فى الصالح وغيره ، وسبعة عند الشبراملسى ، فالمنصوص الاشتراط وعدمه ، فقيل هما مطلقا ، وقيل هما فى حالين . قيل فى غير الصالح ومقابله . وقيل هما فى الصالح ، ويشترط فى غيره . وقيل هما فيما لحمله مئونه . ولا يشترط فى مقابله

وقيل هما فيما ليس لحمله مئونة ، ويشترط فى مقابله .

والمدار هنا على ما يليق بحفظ المال والمؤن ، والغالب استواء المحلة فيهما . ويشهد لذلك قولهم : المراد بمحل العقد هنا محلته لا خصوص محله فيهما ؛ ولهذا قالوا : لو قال تسلمه لى فى بلد كذا وهى غير كبيرة كفى إحضاره فى أولها وإن بعد عن منزله ، أو فى أى محل شئت منه صح ما لم يتسع ، ومتى اشترط التعيين فتركه لم يصح العقد ، ومن ثم عرف صحة كلام ابن الرفعة : إن محل قولهم إسلم الحال يتعين فيه موضع العقد للتسليم مطلقا حيث كان صالحا له ، وإلا كأن أسلم فى كثير من الشعير وهما سائران فى البحر ، فالظاهر اشتراط التعيين كما هو ظاهر كلام الأئمة ، وإن توقف فيه بعضهم ، إذ هو ظاهر ، وجزم به غيره لأن من شرط الصحة القدرة على التسليم وهو حال وقد عجز عنه فى الحال ، وحينئذ فلا فرق بين الحال والمؤجل اذا لم يكن الموضع صالحا فى اشتراط التعيين . ويدل عليه كلام الماوردى أيضا ، والكلام فى السلم المؤجل . أما الحال فيتعين فيه موضع العقد للتسليم ، أى إذا كان صالحا وإلا اشترط بما فيه من التفصيل ، وحينئذ فقد افترق الحال والمؤجل من بعض الوجوه ، وذلك كاف فى صحة المفهوم .

وقد اختلف أئمة المذاهب فى تعيين مكان الإيفاء ، فقال ابن المنذر : لا يشترط تعيين مكان الإيفاء . وحكاه عن أحمد وإسحاق وطائفة من أهل الحديث . وبه قال أبو يوسف ومحمد وهو أحد قولى الشافعى لقوله صلى الله عليه وسلم « فى كيل معلوم أو وزن معلوم إلى أجل معلوم » ولم يذكر مكان الايفاء ، فدل على أنه لا يشترط

وفى الحديث الذى فيه « ان اليهودى أسلم الى النبى صلى الله عليه وسلم ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : أما من حائط بنى فلان فلا . ولكن كيل مسمى إلى أجل مسمى » رواه ابن ماجه ولم يذكر مكان الايفاء ، ولأنه عقد معاوضة فلا يشترط فيه مكان الإيفاء كبيوع الأعيان

وقال الثورى : يشترط ذكر مكان الايفاء ، وهو القول الثانى للشافعى ، وقال الاوزاعى هو مكروه ، لأن القبض يجب بحلوله ولا يعلم موضعه حينئذ ، فيجب شرطه لئلا يكون مجهولا ، وقال أبو حنيفة وهو قول أصحابنا : إن كان لحمله مئونة وجب شرطه ، والا فلا يجب ، لأنه اذا كان لحمله مئونة اختلف فيه

الغرض بخلاف مالا مئونة فيه ، وقال ابن أبي موسى : ان كانا فى برية لزم ذكر مكان الايفاء ، وان لم يكونا فى برية فذكر مكان الايفاء حسن ، وان لم يذكراه كان الايفاء مكان العقد . فإذا ترك ذكره كان مجهولا ، وان لم يكونا فى برية اقتضى العقد التسليم فى مكان العقد ، فاكتفى بذلك عن ذكره . وللفقهاء أقوال حول هذا أجملناها بما يوفى المقصود والله أعلم

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ولا يجوز تأخير قبض رأس المال عن المجلس لقوله صلى الله عليه وسلم : أسلفوا فى كيل معلوم ، والاسلاف هو التقديم ، ولأنه إنما سمى سلما لما فيه من تسليم رأس المال فإذا تأخر لم يكن سلما فلم يصح ، ويجوز أن يكون رأس المال فى الذمة ثم يعينه فى المجلس ويسلمه ، ويجوز أن يكون معينا ، فإن كان فى الذمة نظرت فإن كان من الأثمان حمل على نقد البلد ، وان كان فى البلد نقود حمل على الغالب منها ، وان لم يكن فى البلد نقد غالب وجب بيان نقد معلوم . وان كان رأس المال عرضا وجب بيان الصفات التى تختلف بها الأثمان لأنه عوض فى الذمة غير معلوم بالعرف فوجب بيان صفاته كالمسلم فيه ، وان كان رأس المال معينا ففيه قولان (أحدهما) يجب ذكر صفاته ومقداره لأنه لا يؤمن أن ينفسخ السلم بانقطاع المسلم فيه ، فإذا لم يعرف مقداره وصفته لم يعرف ما يرده

(والثانى) لا يجب ذكر صفاته ومقداره لأنه عوض فى عقد لا يقتضى رد المثل فوجب أن تغنى المشاهدة عن ذكر صفاته ومقداره كالمهر والثمن فى البيع وان كان رأس المال مما لا يضبط بالصفة كالجواهر وغيرها ، فعلى القولين إن قلنا يجب ذكر صفاته لم يجز أن يجعل ذلك رأس المال لأنه لا يمكن ذكر صفاته وان قلنا لا يجب جاز أن يجعل ذلك رأس المال ، لأنه معلوم بالمشاهدة والله أعلم

(الشرح) الحديث هو حديث ابن عباس الذى دار عليه أكثر الفصول السابقة وأضحناه بلفظه وتخريجه فيما سبق ، أما الاحكام فإنه لا يجوز تأخير قبض رأس المال عن مجلس العقد لأن الاسلاف هو التقديم فكان لازمه تسليمه قبل الصيغة . وقال الخرقى من الحنابلة : ويقبض الثمن كاملا وقت السلم قبل التفرق

قوله : ويجوز أن يكون رأس المال فى الذمة ثم يعينه فى المجلس خلافا لابن المنذر الذى قال : أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أنه إذا كان له فى ذمة رجل دينار فجعله سلماً فى طعام إلى أجل لم يصح اه . وحكى هذا ابن قدامة عن مالك والأوزاعى والثورى وأحمد وإسحاق وأصحاب الرأى والشافعى

وعن ابن عمر أنه قال : لا يصح ذلك ، وذلك لأن المسلم فيه دين ، فإن جعل الثمن ديناً كان بيع دين بدين ولا يصح ذلك ، قلت وقد مر بك فى أول الباب مناقشة هذا الرأى .

والمهم فى هـذا جواز أن يكون رأس المـال فى الذمة ولكن يجب إحضاره إلى المجلس بعد تعيينه ، فإن كان ما فى الذمة من الأثمان حمل على نقد البلد ، وإن كان فى البلد أكثر من نقد حمل على النقد الغالب فيها وإن لم يكن فى البلد نقد غالب وجب بيان نقد معلوم ، وما دام رأس المال حاضراً فى المجلس فإن المشاهدة تغنى عن ذكر صفاته ومقداره ، كما لو كان رأس المال من الجواهر والأحجار الكريمة مما يصعب وصفه ، فإن كان من الجواهر الثمينة وقلنا بأنه يجب ذكر صفاته لم يجز أن يكون ذلك رأس مال لتعذر وصفه ، وإن قلنا لا يجب جاز لمشـــاهدته فى المجلس . والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ باب تسليم المسلم فيه ﴾

إذا حل دين السلم وجب على المسلم اليه تسليم المسلم فيه على ما اقتضاه العقد فإن كان المسلم فيه تمراً لزمه مايقع عليه اسم التمر على الاطلاق. فإن أحضر حشفا أو رطبا لم يقبل منه ، فإن كان رطبا لزمه ما يقع عليه اسم الرطب على الاطلاق ولا يقبل منه بسر ولا منصف ولا مذنب ولا مشدخ ، وان كان طعاماً لزمه مانقى من التبن ؛ فإن كان فيه قليل تراب نظرت ، فإن كان أسلم فيه كيلا قبل منه لأن القليل من التراب لا يظهر فى الكيل ، وإن كان أسلم فيه وزنا لم يقبل منه لأنه يظهر فى الوزن فيكون المأخوذ من الطعام دون حقه ، وان كان عسلا لزمه ماصفى من الشمع ، فإن أسلم اليه فى ثوب فأحضر ثوباً أجود منه لزمه قبوله ، لأنه

أحضر المسلم فيه وفيه زيادة صفة لا تتميز فلزمه قبوله ، فإن جاءه بالأجود وطلب عن الزيادة عوضا لم يجز لأنه بيع صفة والصفة لا تفرد بالبيع ؛ فإن أتاه بثوب ردىء لم يجبر على قبوله لأنه دون حقه ، فان قال خذه وأعطك للجودة درهما لم يجز لانه بيع صفة ولانه بيع جزء من المسلم فيه قبل قبضه فان أسلم فى نوع من جنس فجاءه بنوع آخر من ذلك الجنس كالمعقلى عن البرنى والهروى عن المروى ففيه وجهان . قال أبو إسحاق لا يجوز لانه غير الصنف الذى أسلم فيه فلم يجز أخذه عنه كالزبيب عن التمر . وقال أبو على بن أبى هريرة : يجوز لان النوعين من جنس واحد بمنزلة النوع الواحد . ولهذا يحرم التفاضل فى بيع أحدهما بالآخر ، ويضم أحدهما الى الآخر فى إكمال النصاب فى الزكاة . فإن اتفق أن يكون رأس المال على صفة المسلم فيه فأحضره ففيه وجهان أحدهما لا يجوز قبوله لأنه يصير الثمن هو المثمن ، والعقد يقتضى أن يكون الثمن غير المثمن

والثانى أنه يجوز لان الثمن هو الذى سلم اليه والمثمن هو الموصوف ، وان أسلم الى محل فأحضر المسلم فيه قبله أو شرط أن يسلم اليه فى مكان فأحضر المسلم فيه فى غير ذلك المكان فامتنع المسلم من أخذه ، نظرت فان كان له غرض صحيح فى الامتناع من أخذه بأن يلزمه فى حفظه مؤن أو عليه فى حمله مشقة أو يخاف عليه أن يهلك أو يؤخذ لم يلزمه أخذه ، وان لم يكن له غرض صحيح فى الامتناع لزمه أخذه ، فان لم يأخذه رفع الى الحاكم ليأخذه عنه ، والدليل عليه ما روى أن أنساً رضى الله عنه كاتب عبداً له على مال الى أجل فجاءه بمال قبل الاجل فأبى أن يأخذه فأتى عمر (رض) فأخذه منه وقال له : اذهب فقد عتقت ، ولانه زاده بالتقديم خيراً فلزمه قبوله . وان سأله المسلم أن يقدمه قبل المحل فقال : أنقصنى من الدين حتى أقدمه ففعل لم يجز لانه بيع أجل والاجل لا يفرد بالبيع . ولأن هذا فى معنى ربا الجاهلية ، فانه كان فى الجاهلية يقول من عليه الدين : زدنى فى الأجل أزدك فى الدين .

(الشرح) الخبر الذى ساقه المصنف عن أنس المذكور فى الفصل لم أحفظه بهذه الصورة ، وانما الذى أحفظه ما رواه الاثرم عن أبى بكر بن حزم أن رجلا أتى عمر فقال : ياأمير المؤمنين إنى كاتبت على كذا وكذا وانى أيسرت بالمال فأتيته به

فزعم أنه لا يأخذها الا نجوماً، فقال عمر: يأبى؟ وأمر عامله على بيت المال: خذ هذا المال فاجعله فى بيت المال وأد اليه نجوماً فى كل عام وقد عتق هذا، فلما رأى ذلك سيده أخذ المال، ورواه عثمان بن منصور فى سننه عن عمر وعثمان جميعاً والذى ثبت فيه ذكر أنس حديث أخرجه البخارى عن موسى بن أنس، أن سيرين - أبا محمد وإخوته - سأل أنس بن مالك المكاتبة، وكان كثير المال، فأبى، فانطلق إلى عمر فقال: كاتبه، فأبى فضربه عمر بالدرة وتلا عمر: فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً، وأحاديث أخرى من باب المكاتبة ستأتى فى الباب إن شاء الله تعالى.

أما لغات الفصل: فالبسر من ثمر النخل ماقبل الرطب وبقية لغات الفصل فى الأحكام

أما أحكام الفصل: فإنه إذا حل دين المسلم وجب على المسلم اليه تسليم المسلم فيه على ما اقتضاه العقد فإن كان المسلم فيه تمراً، قال الشافعى رحمه الله تعالى: فليس على المسلم أن يأخذه إلا جافا. قال أصحابنا: ولم يرد بهذا أن يكون مشمساً وإنما أراد به إذا بلغ إلى حالة الادخار فعليه أن يأخذه، وهو إذا وقع عليه اسم الجفاف، وإن لم يتناه جفافه، وإن كان المسلم فيه رطباً لزمه ما يقع عليه اسم الرطب، ولا يلزمه أن يقبل بسراً ولا مذنبا، ولا منصفا، ولا مشدخا، فأما المذنب فهو الذى أرطب فى أذنابه لا غير. وأما المنصف فهو الذى صار نصف بسره رطبا ونصفها بسرا. وأما المشدخ فذكر الشيخ أبو حامد أن المشدخ هو الذى ضرب بالخشب حتى صار رطباً فلا يلزمه قبوله لأنه لا يتناوله اسم الرطب وإن تناوله فيكون رطباً مفتوتاً.

وقيل: إنهم يشمسون البسر ثم يدلكونه بكسى صوف غليظ وما أشبهه فيصير طعمه طعم الرطب، يفعلون ذلك استعجالا لأكل الرطب من البسر قبل الإرطاب، ولعل الشيخ أبا حامد أراد أنهم يضربون البسر بالخشب ليصير طعمه طعم الرطب؛ وان كان المسلم فيه طعاما لزمه أن يدفع اليه طعاماً نقيا من الشعير والزوان وعقد التبن، لأن هذه الأشياء تنقصه عن الكيل والوزن.

وإن كان فيه قليل تراب أو شيء من دقاق التبن. نظرت - فان أسلم فيه كيلا لزمه قبوله، لأن ذلك لا يؤثر فى الكيل، وإن أسلم فيه وزناً لم يلزمه قبوله لأن ذلك يؤثر فى الوزن فيكون المقبوض دون حقه.

فإذا أسلم اليه فى شىء فأتى المسلم اليه بالمسلم فيه لم يخل من ثلاثة أحوال :
إما أن يأتيه بالمسلم فيه على الصفه المشروطة .
وإما أن يأتيه بأردأ منه .
وإما أن يأتيه بأعلى منه .

فإن أتى به على الصفة المشروطة وعلى صفة المسلم فيه : بأن أسلم اليه فى طعام جيد فأتاه بطعام يقع عليه اسم الجيد ، وان كان غيره اجود منه لزمه أن يقبل منه وإن أتاه بأردأ من المسلم فيه ، بأن أتاه بطعام ردىء لم يلزمه قبوله ، لأنه دون ما شرط ، وان قال المسلم اليه : خذ هذا وأعطيتك عن الجودة عوضا لم يجز ، لأنه بيع جزء من المسلم فيه قبل القبض ، وان أتاه بأعلى من المسلم فيه فلا تخلو الزيادة من أربعة أحوال :

إما أن تكون زيادة فى الصفة ، أو فى العدد ، أو فى الجنس ، أو فى النوع ، فان كانت الزيادة فى الصفة مثل أن يسلم اليه فى طعام ردىء فجاءه بطعام جيد ، فان رضى المسلم اليه بتسليمه عما فى ذمته لزم المسلم قبوله ، لأنها زيادة لا تتميز أى لا تنفصل عن الطعام لأنها صفة فيه .

فاذا رضى المسلم اليه بتسليمها لزم المسلم قبولها كما لو أصدق إمرأته عينا فزادت فى يدها زيادة تتميز ، ثم طلقها قبل الدخول ، ورضيت المرأة بتسليم نصف العين مع زيادتها فان الزوج يلزمه قبولها .

وان لم يتطوع المسلم اليه بتسليمها بل طلب عن الجودة عوضاً لم يصح لأن الجودة صفة فلا يجوز إفرادها بالعقد . وان كانت الزيادة فى العدد مثل أن يسلم اليه خمسة أرادب من القمح فجاءه بعشرة أرادب من القمح لم يلزم المسلم قبول ما زاد على الخمسة ، لأن ذلك ابتداء هبة فلم يجبر على قبولها .

وإن كانت الزيادة فى الجنس مثل أن يسلم اليه ذرة فأعطاه عن الذرة قمحاً أو عدسا لم يلزمه قبول ذلك ، فان قبله لم يصح لما روى أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من أسلم فى شىء فلا يصرفه إلى غيره .

وإن كانت الزيادة فى النوع مثل أن يسلفه على قمح هندى فجاءه بقمح شامى ، أو ذرة صفراء فجاءه عنها بذرة بيضاء ، فحكى الشيخ أبو حامد وجهين ، أحدهما

يلزم المسلم قبوله ، وهذا الوجه يستند أصحابه إلى دلالة قول الشافعى رحمه الله وأصل ما يلزم المسلف قبول ما سلف فيه هو أن يأتيه به من جنسه ، وهذا قد أتى به من جنسه ، ولأنه قد أعطى من جنس حقه ، وفيه زيادة لا تتميز ، فأشبه ما لو أسلم فى نوع ردىء فأعطاه من ذلك النوع جيداً ، فانه يلزمه قبوله ؛ ولأنه يمكنه إكمال نصاب الزكاة به .

والوجه الثانى . لا يلزمه قبوله ، لأنه لم يأت به على الصفة التى اشترط عليه فلا يلزمه قبوله ، كما لو أتاه بجنس آخر . وهذا الوجه يقول أصحابه : إنه يجوز أن يقبله إن رضى بغير إلزام لأنه من جنس حقه .

قال العمرانى فى البيان :

قال القاضى أبو الطيب : الوجهان فى الجواز . وأما الوجوب فلا يجب عليه قبوله وجهاً واحداً ، وهو اختيار الشيخ أبى إسحاق فى المهذب ، وإن أسلم اليه بذرة بيضاء لجاءه عنها بذرة حمراء فلا يلزمه قبولها وجهاً واحدا .

قال العمرانى : وهل يلزمه قبولها ؟ يحتمل أن يكون على وجهين اه .

قلت : وقوله — أعنى المصنف رحمه الله فى الفصل — وان أسلم الى محل الخ ،

قلت : ان أسلم اليه فى شىء الى محل لجاءه المسلم اليه به قبل المحل فامتنع المسلم من قبضه ، فان كان المسلم فيه مما يلحقه التغيير والتلف الى وقت المحل ، بأن كان لحما أو رطباً ، أو من أنواع الفواكه الرطبة لم يلزم المسلم قبوله ، لأن له غرضا فى تأخيره أن يحتاج الى أكله أو اطعامه فى ذلك الوقت ، وكذلك اذا كان المسلم فيه حيوانا لم يلزمه قبوله قبل المحل لأنه يخاف عليه التلف ، ويحتاج الى العلف الى ذلك الوقت .

وان كان لا يخاف التغير ولا التلف ولكن يحتاج الى مكان يحفظ فيه وكان يلزمه عليه مؤنة حفظه كالقمح والقطن لم يلزمه قبوله ، لأن عليه ضررا فى المؤنة فى حفظه الى وقت المحل ، فان كان يحتاج الى مؤنة فى حفظه كالحديد والنحاس وغيرها من المعادن وكانت مغلقة محفوظة مأمونة يلزمه قبوله . لأنه لا ضرر عليه فى قبوله ، فان لم يقبله قبله الحاكم ، لحديث أبى بكر بن حزم الذى رواه الأثرم

ورواية عثمان بن منصور عن عمر وعثمان ، وحديث أبي سعيد المقبري الذي رواه الدارقطني بنحو حديث أبي بكر بن حزم .

وان سأل المسلم المسلم اليه أن يقدم المسلم فيه قبل المحل لم يلزم المسلم اليه تقديمه ، لأن ذلك يبطل فائدة التأجيل .

فان قال المسلم اليه : أنقصني من الدين حتى أقدمه لك ففعل لم يصح القبض لأنه بيع أجل والاجل لا يفرد بالبيع . فان جاء المسلم اليه بالمسلم فيه بعد حلول الدين على صفته فامتنع المسلم من قبضه قال له الحاكم : اما أن تقبضه أو يبرأ المسلم اليه منه ، وان كان غرض ، وسواء كان للمسلم غرض فى الامتناع أو لا غرض له ، لأن للمسلم اليه غرضاً فى الدفع ؛ وهو أن يبرأ مما عليه من الحق ، وقد حل الحق ، فان لم يفعل المسلم ذلك قبضه الحاكم عنه ، وبرىء المسلم اليه ، لان الحاكم ينوب عن الممتنع ، ولا يملك الحاكم الإبراء لأنه لا نظر للمسلم فى الإبراء عنه ولا حظ له فى حفظ ماله عنده .

(فرع) اذا تعين موضع التسليم باطلاق العقد أو بالشرط لانه اذا أطلق العقد تعين موضع التعاقد واذا اشترط موضعا بعينه فقد تعين بالشرط فاذا جاءه به فى غير ذلك الموضع لم يلزمه قبوله . ولم يجز له أخذ الاجرة ، لان بذل العوض عن المسلم فيه لا يجوز ؛ فكذلك فى تسليمه فى موضع . وان جعله نائبا عنه فى حمله الى ذلك الموضع ، لم يكن المسلم قابضا له بهذه النيابة ، بل يفتقر الى تسليمه فى الموضع المعين أو فى غيره اذا رضى المسلم بذلك .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وان أسلم اليه فى طعام بالكيل أو اشترى منه طعاما بالكيل فدفع اليه الطعام من غير كيل لم يصح القبض ، لان المستحق قبض بالكيل فلا يصح قبض بغير الكيل ، فان كان المقبوض باقيا رده على البائع ليكيله له ، وان تلف فى يده قبل الكيل تلف من ضمانه ، لانه قبض عن حقه ، وان ادعى أنه كان دون حقه فالقول قوله ، لان الاصل أنه لم يقبض الا ما ثبت باقراره ، فان باع الجميع قبل الكيل لم يصح ، لأنه لا يتحقق أن الجميع له ، وان باع منه القدر الذي

يتحقق أنه له ففيه وجهان (أحدهما) يصح ، وهو قول أبى إسحاق ، لأنه دخل فى ضمانه فنفذ بيعه فيه كما لو قبضه بالكيل (والثانى) لا يصح ، وهو قول أبى على ابن أبى هريرة ، وهو المنصوص فى الصرف ، لأنه باعه قبل وجود القبض المستحق بالعقد : فلم يصح بيعه كما لو باعه قبل أن يقبضه ، فإن دفع اليه بالكيل ثم ادعى أنه دون حقه فان كان ما يدعيه قليلا قبل منه ، وإن كان كثيراً لم يقبل لان القليل يبخس به ، والاصل عدم القبض والكثير لا يبخس به فكان دعواه مخالفاً للظاهر فلم يقبل .

(الشرح) إذا أسلم اليه فى شىء كيلا فأعطاه إياه وزناً ، أو أسلم فيه وزناً فأعطاه كيلا لم يصح القبض ، لان الكيل والوزن يختلفان ، لان الرزين الرصين الثقيل يقل كيله ويكثر وزنه ، والخفيف يقل وزنه ويكثر كيله ، وهذا ما اتفق عليه أئمتنا وأئمة المذاهب .

قال ابن قدامة فى المغنى من الحنابلة : ولا يقبض المكيل إلا بالكيل ، ولا الموزون إلا بالوزن ، ولا يقبضه جزافا ولا بغير مايقدر به ، لان الكيل والوزن يختلفان ، فإن قبضه بذلك فهو كقبضه جزافا ، فيقدره بما أسلم فيه ، ويأخذ قدر حقه ويرد الباقى ، ويطالب بالعوض ، وهل له أن يتصرف فى قدر حقه منه قبل أن يعتبره ؟ على وجهين ـ مضى ذكرهما فى بيوع الاعيان ـ وإن اختلفا فى قدره فالقول قول القابض مع يمينه اه .

وقال الشافعى رضى الله عنه : لو أعطاه طعاما فصدقه فى كيله لم يجز ، فإن قبض فالقول قول القابض مع يمينه ، وجملة ذلك أنه إذا كان له فى ذمة رجل طعام أو اشترى منه عشرة أقفزة [1] من صبرة [2] بعينها ، فسلم اليه من عليه الطعام طعاما من غير كيل ، وأخبره بكيله فصدقه على كيله أو لم يصدقه لم يجز له

---

(١) القفيز مكيال معتبر عندهم كانوا يقولون عنه : إنه ثمانية مكاكيك .

(٢) الصبرة الكومة من أى شىء وقد نجد فى أسواق القرى من يبيعون التمر أو العنب أكواماً جزافا بغير كيل ولا وزن فهذه هى الصبرة .

قبضه بغير كيل ؛ لأن المستحق عليه القبض بالكيل ، فإذا قبض من غـير كيل لم يصح القبض .

فإن كان الطعام باقيا رده على البـائع ثم يكيله على المسلم ، فان كان أكثر من حقه كانت الزيادة للمسلم اليه ، فان تلف الطعام فى يد القابض قبل أن يكال عليه ، تلف من ضمانه ، لانه قبضه لنفسه ، فان اتفقا على قدره فلا كلام . وان اختلفا فى قدره ، فادعى القابض أنه كان دون حقه ، وادعى مالك الطعام أنه قدر حقه أو أكثر فالقول قول القابض مع يمينه ، سـواء ادعى نقصانا قليلا أو كثيراً ، نص عليه الشافعى رضى الله عنه فى الصرف ، لأن الأصل عدم القبض وبقاء الحق فلا تبرأ ذمة من عليه الحق إلا من القدر الذى يقر به القابض ، فان قيل : كيف سمعت دعوى القابض فى النقصان ، وقد قال الشافعى رضى الله عنه فى المسألة فيصدقه فى كيله ؟

قلنا : لم يرد الشـافعى رحمه الله أنه اعترف بصحة الكيل . وإنما هو قبول قول المخبر ، وحمله قوله على الصدق ، فاذا بان له خلافه سمعت دعواه .

قال الشيخ أبو حامد فيما نقله عنه العمرانى فى البيان :

إذا ثبت هذا : فانه يكون قبضا فاسداً . فان المسـلم إذا قبضه وكان قدر حقه وزيادة عليه ، فانه يملك قدر حقه بالقبض ، وينتقل الضمان اليه ؛ وتبرأ ذمة البائع عنه اه .

وهل يجوز للقابض التصرف فيه نظرت . فان أراد أن يتصرف فى الجميع لم يجز ، لان للبائع فيه تعلقا ، لأنه ربما اذا كيل ، خرج زيادة على قدر ما يستحق القابض . فلم يصح تصرفه فى الجميع ، فان أراد أن يبيع منه قدر ما يتحقق أنه له بأن باع نصف قفيز منه وله قفيز ففيه وجهان :

الاول : قال أبو اسحاق : يصح ، لان ذلك الشيء فى ملكه وانتقل الضمان اليه ، ويعلم أنه قدر حقه فجاز بيعه فيه .

الثانى : قال أبو على بن أبى هريرة : لايصح بيعه ، وهو المنصوص فى الصرف عند الشافعى فى الام ، لان العلقة باقية بينه وبين البائع فيه ، لان ماله غير متميز عن مال البائع فلم يصح بيعه .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) فان أحاله على رجل له عليه طعام لم يصح لأن الحوالة بيع ، وقد بينا فى كتاب البيوع أنه لا يجوز بيع المسلم فيه قبل القبض . وإن قال لى عند رجل طعام فاحضر معى حتى أكتاله لك فحضر وا كتاله له لم يجز ، لما روى جابر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان ؛ صاع البائع وصاع المشترى . وهذا لم يجر فيه الصاعان ، وهل يصح قبض المسلم اليه لنفسه ؟ فيه وجهان بناء على القولين فيمن باع دين المكاتب فقبض منه المشترى ، فإن قبض المشترى لنفسه لا يصح ، وهل يصح القبض للسيد فيه قولان :

(أحدهما) يصح لأنه قبضه بإذنه فصار كما لو قبضه وكيله

(والثانى) لا يصح لأنه لم يأذن له فى قبضه له . وإنما أذن له فى قبضه لنفسه فلا يصير القبض له ، ويخالف الوكيل فانه قبضه لموكله ، فان قلنا ان قبضه لا يصح اكتال لنفسه مرة أخرى ثم يكيله للمسلم . وإن قلنا ان قبضه يصح كاله للمسلم ؛ فان قال احضر معى حتى أكتاله لنفسى وتأخذه ففعل ذلك صح القبض للمسلم اليه لأنه قبضه لنفسه قبضا صحيحا ، ولا يصح للمسلم لأنه دفعه اليه من غير كيل ، وان اكتاله لنفسه وسلم الى المسلم وهو فى المكيال ففيه وجهان .

(أحدهما) لا يصح لما روى جابر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان ؛ وهذا يقتضى كيلا بعد كيل ، وذلك لم يوجد (والثانى) أنه يصح لأن استدامة الكيل بمنزلة ابتدائه ، ولو ابتدأ بكيله جاز فكذلك إذا استدامه .

(الشرح) حديث جابر رواه ابن ماجه والدارقطنى

أما الأحكام فقد قال الشافعى رحمه الله تعالى : ولو أسلم فى طعام وباع طعاماً آخر فأحضر المشترى من اكتاله من بائعه وقال : أكتاله لك . لم يجز ، لأنه بيع الطعام قبل القبض .

واختلف أصحابنا فى صورة هذه المسألة ، فنهم من قال : صورتها أن يسلم

زيد إلى عمرو فى طعام ، فلما حل الأجل باع زيد الطعام الذى له فى ذمه عمرو من خالد قبل قبضه ، فان هذا لا يصح ، لما روى أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من أسلف فى شىء فلا يصرفه الى غيره » ولان بيع الطعام المشترى قبل القبض لا يصح ، وان كان معينا ، فبأن لا يصح فيه قبل القبض أولى .

قال وتعليله يدل عليه ، لانه باع ذلك الطعام من آخر . وقال أكثر أصحابنا : ما ذكره القائل صحيح فى الفقه ، ولكن ليس هـذا صورة المسألة التى ذكرها الشـافعى رضى الله عنه ، وإنما صورتها لزيد طعام فى ذمة عمرو سلم ، وفى ذمة زيد لخالد طعام سلم . فقال زيد لخالد : احضر اكتيال مالى عند عمرو لأكتاله لك فانه لا يصح ، لما روى جابر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان ، صاع البائع وصاع المشترى .

ولو كان الشافعى يريد على ذلك الطعام لقال : وباع ذلك الطعام آخر ، ولانه قال بعدها ، ولو قال أكتاله لنفسى وحده بالكيل لم يجز ، ولو كان قد باعه لم يكن لحضوره واكتياله لنفسه معنى

قالوا وأما تعليله فانما أراد أن هذا مثل بيع الطعام قبل القبض ، لأنه يقبضه قبل أن يضمنه بقبضه خالصا له ، كما لا يجوز بيعه قبل قبضه . اذا ثبت هـذا ففيه خمس مسائل

(الاولى) يقول زيد لخالد احضر معى حتى أكتاله لك ، فاكتاله زيد لخالد من عمرو فلا يصح القبض لخالد وجهاً واحداً لحديث جابر أن النبي (ص) نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان ، صاع البائع وصاع المشترى ، وهذا لم يجر فيه الصاعان ، ولانه لا يستحق على عمرو شيئا فلم يصح القبض له منه

وهل يصح القبض لزيد من عمرو ؟ فيه وجهان بناء على القولين فى السيد اذا باع نجوم المكاتب وقلنا لا يصح البيع فقبض النجوم ، فهل يعتق المكاتب ؟ فيه قولان ، فان قلنا يصح قبض زيد ما كاله لخالد مرة ثانية . وان قلنا لا يصح قبض زيد لنفسه رد الطعام الى عمرو ليكيله لزيد ثم يكيله زيد لخالد ، فان اختلف زيد وعمرو فى المقبوض فالقول قول زيد مع يمينه ، وانما يقبل قوله مع اليمين

إذا كان ما يدعيه محتمل ، فأما اذا ادعى تفاوتاً كثيراً لم يقبل قوله ، لأن هـذا القدر لا يتفاوت كثيراً ، وهكذا لو اختلف زيد وخالد فيما قبض خالد فالقول قول خالد مع يمينه ، إذا كان ما يدعيه تفاوتا يسيراً . وإن كان تفاوتا كثيراً لم يقبل قوله ، لأن مثل ذلك لا يتفاوت

(المسألة الثانية) أن يقول زيد لخالد اذهب فاكتل لنفسك من عمرو ففعل ، فإن قبض خالد لنفسه لا يصح وجها واحداً : لأنه لا شيء له فى ذمة عمرو

وهل يصح قبض خالد من عمرو لزيد ؟ على الوجهين طبقا لما ذكرناه فى المسألة الأولى .

(المسألة الثالثة) أن يقول زيد لخالد أحضر معى حتى أكتال من عمرو لنفسى ثم يأخذ بذلك الكيل لخضرا فاكتاله زيد لنفسه ثم سلمه زيد الى خالد جزافا من غير كيل صح قبض زيد لنفسه ، لأنه قبضه لنفسه قبضا صحيحا ، ولا يصح قبض خالد من زيد لأنه قبضه من غير كيل

(المسألة الرابعة) إذا اكتاله زيد لنفسه من عمرو ، ثم كاله زيد لخالد مرة ثانية صح القبضان ، لأن الطعام قد جرى فيه الصاعان

(المسألة الخامسة) أن يكتاله زيد لنفسه من عمرو ثم يسلمه إلى خالد عما عليه له وهو فى المكيال ، فان قبض زيد لنفسه من عمرو صحيح ، وهل يصح قبض خالد من زيد ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يصح لحديث جابر « حتى يجرى فيه الصاعان » وهذا يقتضى كيلا بعد كيل (والثانى) يصح لأن استدامة الكيل بمنزلة ابتدائه ، بدليل أنه لو أسلم اليه بذهب طعاما ، فابتدأ المسلم اليه وكاله المسلم صح ، ولو كان الطعام فى الذهب عند السلم فسلمه اليه صح ، فكذلك ها هنا . والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وان دفع المسلم اليه الى المسلم دراهم وقال اشتر لى بها مثل مالك على واقبضه لنفسك ففعل لم يصح قبضه لنفسه ، وهل يصح للمسلم اليه على الوجهين المبنيين على القولين فى دين المكاتب ، فان قال اشتر لى واقبضه لى ثم اقبضه لنفسك ففعل صح الشراء والقبض للمسلم اليه ولا يصح قبضه لنفسه لأنه لا يجوز أن يكون وكيلا لغيره فى قبض حق نفسه

(الشرح) الأحكام : لو كان لزيد فى ذمة عمرو طعام من سلم فدفع عمرو إلى زيد دراهم وقال اشتر بها لنفسك طعاماً مثل الطعام الذى لك علىّ ففعل لم يجز ، لأن الدراهم ملك لعمرو فلا يجوز أن تكون . عوضاً . ملكا لزيد ، فإن اشترى الطعام بقيمة الدراهم لم يصح الشراء ، وان اشترى زيد الطعام بدراهم فى ذمته ثم سلم تلك الدراهم عما فى ذمته صح الشراء لنفسه ولا تبرأ ذمته بتسليم تلك الدراهم لأنه لا يملكها وعليه ضمانها .

وان قال عمرو لزيد اشتر بها لى طعاما واقبضه لنفسك فإن الشراء يصح لعمرو لأنه اشتراه له ، ولا يصح القبض لزيد لأنه لا يصح أن يكون قابضا لنفسه . من نفسه . وهل يصح القبض لعمرو؟ فيه وجهان كالوجهين فى المسألة قبلها .

(فرع) وان كان لزيد فى ذمة عمرو طعام من جهة القرض ، ولخالد فى ذمة زيد طعام من جهة السلم ، وأحال زيد خالداً بالطعام الذى له عليه على عمرو لم تصح الحوالة ، لأن خالداً يبيع طعامه الذى له على زيد من السلم بالطعام الذى لزيد من جهة القرض ، وقد بينا أن بيع المسلم فيه قبل القبض لا يصح ، فالفساد ها هنا من جهة خالد : فإن كان الطعامان من جهة القرض ، فهل تصح الحوالة بهما فيه وجهان حكاهما الشيخ أبو حامد (أحدهما) يصح . وهو الصحيح . لأن بيع العوض قبل القبض يصح . وكل واحد قرض ، وكل واحد منهما مستقر فى الذمة فجاز أن يعتاض من ذمة إلى ذمة بخلاف السلم ، والباقى لا يصح لأن الحوالة لو صحت فى الطعام إذا كان من جهة القرض لصحت .

وان كانت من جهة البيع كالدراهم والدنانير لما جازت الحوالة بهما: اذا كانا من جهة القرض جازت أيضا اذا كانا من جهة البيع ، فلما لم تجز الحوالة بالطعام اذا كان من جهة البيع اذا كان من جهة القرض

(فرع) ولا تجوز التولية والشركة فى المسلم فيه قبل القبض ، والشركة أن يقول لغيره أشركتك فى النصف المسلم فيه بنصف الثمن . فيكون ذلك بيعاً لنصف المسلم فيه . والتولية أن يقول ، وليتك بجميع الثمن أو وليتك نصفه بنصف الثمن ،

(فرع) ذكر الشافعى فى الصرف أربع مسائل :

الأولى : لو كان فى ذمة رجل لغيره طعام ، فسأل من عليه الطعام من له الطعام أن يبيعه طعاماً بشرط أن يقبض ماله عليه منه فباعه منه بهذا الشرط ، فالبيع باطل ، لان هذا تبايع بمقتضى العقد فأبطله .

الثانية : إذا اشترى منه طعاما مطلقا وسها أن يقبضه منه صح البيع لانه بيع مطلق . الثالثة : أن يقول من له الطعام لمن عليه : اقض مالى عليك على أن أبيعك فقضاه صح ، لان هذا قبض مستحق عليه ، فإذا قضاه وقع عن المقبوض والقابض بالخيار ، بين أن يبيعه منه أو لا يبيعه ، لأن هذا وعد وعده ، فكان بالخيار فى الوفاء به .

الرابعة : أن يقول من له الطعام : اقضنى أكثر مما أستحقه ، أو أجود منه بشرط أن أبيعه منك فقضاه كذلك لم يصح القبض ، لان هذا مستحق عليه فكان قبضاً فاسداً ، فيجب عليه أن يرد الزيادة ، وإن قضاه من غير جنس حقه رده وأخذ قدر حقه من جنسه ، ثم إن شاء باعه منه ، وإن شاء لم يبعه والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

﴿ فصل ﴾ إذا قبض المسلم فيه ووجد به عيبا فله أن يرده لان اطلاق العقد يقتضى مبيعا سليما فلا يلزمه قبول المعيب فان رد ثبت له المطالبة بالسليم لأنه أخذ المعيب عما فى الذمة فاذا رده رجع إلى ماله فى الذمة وإن حدث عنده عيب رجع بالارش لانه لا يمكنه رده ناقصا عما أخذ ولا يمكن اجباره على أخذه مع العيب فوجب الارش .

﴿ الشرح ﴾ الاحكام : إذا قبض المسلم المسلم فيه فوجد به عيباً فهو بالخيار بين أن يرضى به معيبا وبين أن يرده ويطالب بالمسلم فيه سليما ، لان إطلاق العقد يقتضى التسليم ، فإذا أخذ المعيب ورده رجع إلى الذى فى ذمة المسلم اليه ، وإن حدث عند المسلم بالمقبوض عيب آخر فله أن يطالب بأرش العيب الموجود قبل القبض إلا أن يرضى المسلم اليه بأخذه معيبا فلا يثبت للمسلم المطالبة بالأرش وقال أبو حنيفة رحمه الله : ليس للمسلم المطالبة بالارش لان رجوعه بالارش

أخذ عوض عن الجزء الفائت ، وبيع المسلم فيه لايجوز . دليلنا أنه عوض يجوز رده بالعيب فإذا سقط الرد لحدوث عيب ثبت له الرجوع بالارش كبيع الاعيان وأما قوله : إن الرجوع بالارش أخذ عوض عن الجزء الفائت ، وبيع المسلم فيه لا يجوز مثل القبض فغير صحيح . لأن بيع المبيع المعين قبل القبض لا يصح ، وقد جاز أخذ الأرش عنه . ولأن ذلك فسخ العقد فى الجزء الفائت ، وليس ببيع ، ولهذا يكون بحسب الثمن المسمى فى العقد .

قال المصنف رحمه الله :

﴿ فصل ﴾ فان أسلم فى ثمرة فانقطعت فى محلها أو غاب المسلم اليه فلم يظهر حتى نفدت الثمرة ففيه قولان (أحدهما) أن العقد ينفسخ لأن المعقود عليه ثمرة هذا العام وقد هلكت فانفسخ العقد كما لو اشترى قفيزاً من صبرة فهلكت الصبرة (والثانى) أنه لا ينفسخ لكنه بالخيار بين أن يفسخ وبين أن يصبر الى أن توجد الثمرة فيأخذ لأن المعقود عليه ما فى الذمة لا ثمرة هذا العام ، والدليل عليه أنه لو أسلم اليه فى ثمرة عامين فقدم فى العام الاول ما يجب له فى العام الثانى جاز وما فى الذمة لم يتلف وإنما تأخر فثبت له الخيار كما لو اشترى عبدا فأبق .

﴿ الشرح ﴾ الأحكام : إذا سلم فى شيء مؤجل الى وقت : الغالب فيه وجود المسلم فيه فى ذلك الوقت فجاء ذلك الوقت ولم يوجد ذلك الشيء كالثمرة إذا انقطعت أو تعذر القبض حتى نفد ذلك الشيء المسلم فيه ، ففيه قولان ، أحدهما ينفسخ السلم ، لأن المعقود عليه قد تعذر تسليمه فانفسخ العقد كما لو اشترى منه قفيزا من صبرة فتلفت الصبرة قبل القبض ، ولانه لو أسلم اليه فى ثمرة بلد معين كبغداد أو أسيوط صح السلم ، ولم يكن المسلم اليه أن يدفع اليه من ثمرة غير أسيوط أو بغداد ، فكذلك إذا أسلم اليه فى ثمرة عام لم يكن له أن يدفع اليه من ثمرة غير ذلك العام .

والقول الثانى لاينفسخ السلم ولكن يثبت للمسلم الخيار بين أن يفسخ العقد وبين أن لا يفسخ ويصبر إلى أن يوجد المسلم فيه ، وبه قال أبو حنيفة رحمه الله ، وهو الصحيح ،

لأن المعقود عليه فى الذمة لم يتلف ، بدليل أنه لو أسلم اليه فى الرطب من ثمرة عامين فعدم المسلم اليه فى العام الأول ما يجب فيه ، وفى العام الثانى جاز . وإن انقطع بعض المسلم فيه ووجد البعض ، فان قلنا : السلم ينفسخ إذا عدم جميع المسلم فيه انفسخ السلم هاهنا فى قدر المفقود من المسلم فيه ، وهل ينفسخ فى الموجود منه فيه طريقان ، كما قلنا فيمن اشترى بقرتين فتلفت إحداهما قبل القبض ، من أصحابنا من قال : فيه قولان ، ومنهم من قال : لا ينفسخ قولا واحداً .

فاذا قلنا : ينفسخ فلا كلام ، وإذا قلنا : لا ينفسخ ثبت للمسلم الخيار فى الفسخ ، لان الصفقة تفرقت عليه ، فان فسخ فلا كلام ، وإن لم يفسخ أخذ الموجود ، وهل يأخذه بجميع الثمن أو بحصته ؟ فيه قولان حكاهما الشيخ أبو حامد وابن الصباغ . قلت : وعلى قياس ما ذكره المصنف أنه يأخذه بحصته من الثمن وهو رأس مال السلم قولا واحداً ، فاذا قلنا : يأخذه بحصته فهل للمسلم اليه الخيار ؟ فيه وجهان حكاهما ابن الصباغ .

وإن قلنا : ان المسلم فيه اذا انقطع جميعه لا ينفسخ ، بل يثبت للمسلم الخيار ، ثبت له أيضاً هاهنا الخيار ليأخذ بعض حقه ، فان اختار فسخ السلم فى المفقود والموجود جاز ليفرق حقه عليه ، وان اختار أن يفسخ السلم فى المفقود ويقره فى الموجود فهل له ذلك ؟ فيه قولان بناء على القولين فى تفريق الصفقة ، فان قلنا : يجوز فسخ السلم فى المفقود ، فبكم يأخذ الموجود ؟ فعلى ما مضى من قولنا حكاية عن الشيخ أبى حامد وابن الصباغ والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) يجوز فسخ عقد السلم بالإقالة لأن الحق لهما فجاز لهما الرضا باسقاطه فاذا فسخا أو انفسخ بانقطاع الثمرة فى أحد القولين أو بالفسخ فى القول الآخر رجع المسلم الى رأس المال فان كان باقيا وجب رده وان كان تالفا ثبت بدله فى ذمة المسلم اليه ، فان أراد أن يسلمه فى شيء آخر لم يجز لأنه بيع دين بدين وان أراد أن يشترى به عينا نظرت فان كان تجمعهما علة واحدة فى الربا كالدراهم بالدنانير والحنطة بالشعير لم يجز أن يتفرقا قبل القبض كما لو أراد أن

يبيع أحدهما بالآخر عينا بعين وإن لم تجمعهما علة واحـــدة فى الربا كالدراهم بالحنطة والثوب بالثوب ففيه وجهان (أحدهما) يجوز أن يتفرقا من غير قبض كما يجوز إذا باع أحدهما بالآخر عينا بعين ان يتفرقا من غير قبض (والثانى) لا يجوز ، لأن المبيع فى الذمة فلا يجوز أن يتفرقا قبل قبض عوضه كالمسلم فيه ، والله تعالى أعلم .

(الشرح) الأحكام : الإقالة فسخ وليست ببيع على المشهور من المذهب سواء كان قبل القبض وبعده ، وبه قال أبو حنيفة رحمه الله لانه يقول : هى بيع فى حق غير المتعاقدين ، فتثبت بها الشفعة ، وقال أبو يوسف رحمه الله : إن كان قبل القبض فهى فسخ ، وإن كان بعد القبض فهى بيع ، وقال مالك رحمه الله : هى بيع بكل حال .

وحكى القاضى أبو الطيب أنه قول قديم للشافعى رحمه الله ، وأما أبو حامد فحكاه وجها لبعض أصحابنا . دليلنا أن المبيع عاد إلى البائع بلفظ لا ينعقد به البيع فكان فسخاً كالرد بالعيب .

إذا ثبت هذا : فإن سلم رجل إلى غيره شيئا فى شىء ثم تقايلا فى عقد السلم صح ، وقد وافقنا مالك رحمه الله على ذلك وهذا من أوضح دليل على أن الإقالة فسخ ، لأنها لو كانت بيعا لما صح فى المسلم فيه قبل القبض ، كما لا يصح بيعه ، وإن أقاله فى بعض المسلم فيه صح فى القدر الذى أقاله .

وقال ابن أبى ليلى . يكون إقالة فى الجميع . وقال ربيعة ومالك لا يصح . دليلنا أن الإقالة مندوب اليها بدليل قوله صلى الله عليه وسلم « من أقال نادما فى بيع أقاله الله نفسه يوم القيامة » وما جاز فى جميع المبيع جاز فى بعضه كالإبراء والإنظار ؛ وان أقاله بأكثر من الثمن أو بأقل منه الى جنس آخر لم تصح الإقالة . وقال أبو حنيفة تصح الإقالة ، ويجب رد الثمن المسمى فى العقد ، دليلنا أن المسلم والمشترى لم يسقط حقه من المبيع الا بشرط العوض الذى شرطه ، فاذا لم يصح له العوض لم تصح له الإقالة ، كما لو اشترى منه داره بألف بشرط العوض الذى شرطه ، فاذا لم يصح له العوض لم تصح له الإقالة ، كما لو اشترى منه داره بألف بشرط أن يبيعه سيارته بألف .

(فرع) وإن ضمن ضامن عن المسلم اليه المسلم فيه ثم ان الضامن صالح المسلم عما فى ذمة المسلم اليه بمثل رأس مال السلم يصح الصلح ، ولأن الضامن لا يملك المسلم فيه فيعوض عنه ، فأما إذا أكد المسلم اليه بمثل رأس مال السلم ، قال أبو العباس صح الصلح وكان إقالة ، لأن الاقالة هو أن يشترى ما دفع ويعطى ما أخذ . وهذا مثله

(فرع) وإذا انفسخ عقد السلم بالفسخ أو لانفساخ سقط المسلم فيه عن ذمة المسلم اليه ، ورجع المسلم إلى رأس مال السلم ، فإن كان باقياً أخذه ، وإن كان تالفاً رجع الى مثله إن كان له مثل ، وإن كان لا مثل له رجع الى قيمته ، وان أراد أن يسلم فى شيء آخر لم يجز لأنه بيع دين بدين .

وإن أراد أن يأخذ ما هو من جنسه جاز أن يأخذ مثله ، ولم يجز أن يأخذ أكثر منه ولا أقل منه ، ولا يصح أن يتفرقا قبل قبضه ، وإن أراد أن يأخذ عنه من غير جنسه إلا أنه لا يصح أن يتفرقا قبل قبضه كما قلنا فى البيع ، وإن أراد أن يأخذ منه عوضا ليس من أموال الربا ، كالثياب والدواب ، أو كان رأس المال من غير أموال الربا صح ذلك أيضا

وهل يشترط فيه القبض قبل التفرق ؟ فيه وجهان

أحدهما : أنه يشترط ذلك ؛ فلا يفترقان والعوض المعوض فى ضمان واحد

والثانى لا يشترط ذلك ، كما لو اشترى أحدهما بالآخر ، وإن اختلفا فى قدر رأس مال السلم فالقول قول المسلم اليه مع يمينه ، لأن الاصل براءة ذمته عما زاد على ما أقر به ، وإن اختلفا فى قدر المسلم فيه أو الاجل أو فى قدره تحالفا ، وان اتفقا على الاجل واختلفا فى انقضائه وادعى المسلم انقضاء الأجل ، وادعى المسلم اليه بقاءه فالقول قول المسلم اليه مع يمينه لأن الاصل بقاؤه . والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب القرض

القرض قربة مندوب اليه لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبي (ص)

قال « من كشف عن مسلم كربة من كرب الدنيا كشف الله عنه كربة من كرب يوم القيامة ، والله فى عون العبد ما دام العبد فى عون أخيه »

وعن أبى الدرداء رضى الله عنه أنه قال « لأن أقرض دينارين ثم يردا ثم أقرضهما أحب إلىّ من أن أتصدق بهما ، وعن ابن مسعود وابن عباس رضى الله عنهما أنهما قالا « قرض مرتين خير من صدقة مرة »

(فصل) ولا يصح الا من جائز التصرف لأنه عقد على المال فلا يصح إلا من جائز التصرف كالبيع ولا ينعقد الا بالإيجاب والقبول لانه تمليك آدمى فلم يصح من غير إيجاب وقبول كالبيع والهبة : ويصح بلفظ القرض والسلف لان الشرع ورد بهما ، ويصح بما يؤدى معناه ، وهو أن يقول ملكتك هذا على أن ترد علىّ بدله .

فإن قال ملكتك ولم يذكر البدل كان هبة ، فإن اختلفا فيه فالقول قول الموهوب له لان الظاهر معه ؛ فإن التمليك من غير ذكر عوض هبة فى الظاهر وان قال أقرضتك ألفا وقبل وتفرقا ثم دفع اليه ألفا ، فان لم يطل الفصل جاز لان الظاهر أنه قصد الإيجاب ، وان طال الفصل لم يجز حتى يعيد لفظ القرض لانه لا يمكن البناء على العقد مع طول الفصل .

(الشرح) حديث أبى هريرة رضى الله عنه رواه مسلم بلفظ « من نفس عن مؤمن كربة من كرب الدنيا نفس الله عنه كربة من كرب يوم القيامة . ومن يسر على معسر يسر الله عليه فى الدنيا والآخرة . ومن ستر مسلما ستره الله فى الدنيا والآخرة . والله فى عون العبد ما كان العبد فى عون أخيه . ومن سلك طريقا يلتمس فيه علما سهل الله له به طريقا الى الجنة . وما اجتمع قوم فى بيت من بيوت الله تعالى يتلون كتاب الله تعالى ويتدارسونه بينهم الا نزلت عليهم السكينة وغشيتهم الرحمة وحفتهم الملائكة ، وذكرهم الله فيمن عنده ، ومن بطأ به عمله لم يسرع به نسبه »

وفى حديث طويل عن ابن عمر رضى الله عنه « ومن فرج عن مسلم كربة فرج الله عنه بها كربة من كرب يوم القيامة . ومن ستر مسلما ستره الله يوم القيامة »

رواه البخارى ومسلم ، والأثر عن أبى الدرداء فى مسند أحمد .

وأما ما روى عن ابن مسعود فقد جاء مرفوعا وموقوفا بلفظ « ما من مسلم يقرض مسلما قرضاً مرتين إلا كان كصدقتها مرة » المرفوع رواه ابن ماجه . وفى إسناده سليمان بن بشير وهو متروك . وقال الدارقطنى « الصواب أنه موقوف على ابن مسعود »

وأما حديث أنس فقد أخرجه ابن ماجه مرفوعا وفيه « الصدقة بعشرة أمثالها والقرض بثمانية عشر » وفى إسناده خالد بن يزيد بن عبد الرحمن الشامى . قال النسائى « ليس بثقة »

وهو باب من أبواب البر لقوله تعالى « وتعاونوا على البر والتقوى » وقد كان القرض خيراً من الصدقة لأنها قد تدفع الى من هو غنى عنها ، أما القرض فلا يسأله إنسان إلا وهو يحتاج اليه .

أما اللغات ، فالقرض القطع والقرض فى المكان العدول عنه ، ومنه قوله « وإذا غربت تقرضهم ذات الشمال ، وقرضت الوادى جزته ، وقرض فلان مات ، وقرضت الشعر نظمته . قال ابن دريد « وليس فى الكلام يقرض على وزن ينصر البتة . وإنما الكلام على وزن يضرب ؛ والقرض ماتعطيه غيرك من المال لتقضاه ، والجمع قروض ، واستقرض طلب القرض واقترض أخذه . ولأنه قطع له من ماله قطعة .

أما الاحكام ؛ فإن القرض مندوب اليه ، يعنى مأمور به من غير إيجاب .

ولا يصح القرض الا من جائز التصرف فى المال ، لأنه عقد على المال فلا يصح الا من جائز التصرف فيه كالبيع . ولا يصح الا بالإيجاب والقبول ؛ لأنه تمليك آدمى فافتقر الى الايجاب والقبول كالبيع والهبة . وفيه احتراز من العتق ؛ وينعقد بلفظ القرض والسلف لانه قد ثبت له عرف الاستعمال ؛ ويمكن انعقاده بما يؤدى معنى ذلك . فإن قال ملكتك هذا على أن ترد الىّ بدله كان قرضا . وان قال ملكتك هذا ولم يذكر البدل فهو هبة ، وان اختلفا فيه فالقول قول الموهوب له لأن الظاهر معه ، ولان التمليك من غير عوض هبة .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ وإن كتب اليه وهو غائب أقرضتك هذا . أو كتب اليه بالبيع ففيه وجهان :

(أحدهما) ينعقد لأن الحاجة مع الغيبة داعية إلى الكتابة

(والثاني) لا ينعقد لأنه قادر على النطق فلا ينعقد عقده بالكتابة ، كما لو كتب وهو حاضر . وقول القائل الأول ان الحاجة داعية إلى الكتابة لا يصح لأنه يمكنه أن يوكل من يعقد العقد بالقول

(الشرح) الأحكام : إن كتب اليه وهو غائب إلى آخر الصورة التي حكاها المصنف في انعقاد القرض وصحته وجهان ، أصحهما ينعقد ، لأننا قلنا في الفصل قبله : ويمكن انعقاده بما يؤدي معنى ذلك ، ولأنه عقد ارفاق وقربة .

قال ابن قدامة : والشرع لا يرد بتحريم المصالح التي لا مضرة فيها ، بل بمشروعيتها ، ولأن هذا ليس بمنصوص على تحريمه ، ولا في معنى المنصوص فوجب الابقاء على الاباحة .

قال المصنف رحمه الله :

﴿ فصل ﴾ ولا يثبت فيه خيار المجلس وخيار الشرط ، لأن الخيار يراد للفسخ ، وفي القرض يجوز لكل واحد منهما أن يفسخ اذا شاء ، فلا معنى لخيار المجلس وخيار الشرط ، ولا يجوز شرط الأجل فيه لأن الأجل يقتضي جزءاً من العوض والقرض لا يحتمل الزيادة والنقصان في عوضه فلا يجوز شرط الاجل فيه ويجوز شرط الرهن فيه ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم رهن درعه على شعير أخذه لأهله ، ويجوز أخذ الضمين فيه لأنه وثيقة فجاز في القرض كالرهن .

(الشرح) الحديث رواه أحمد والبخاري والنسائي وابن ماجه عن أنس . أما الاحكام فإنه لا يثبت في القرض خيار المجلس ولا خيار الشرط ، لأن الخيار

يراد للفسخ وكل واحد منهما يملك فسخ القرض متى شاء ، فلا معنى لاثبات الخيار ولو أقرضه شيئا الى أصل ما يلزم الاجل وكان حالا ، وهكذا لو كان له عنده له ثمن حال فأجله ، أو كان مؤجلا فزاد فى أجله لم يلزم ذلك

وقال مالك يدخل الاجل فى ابتداء القرض بأن مقبوضه الى أجل ، ويدخل فى انتهائه بأن يقرضه حالا ثم يؤجله له فيتأجل . ووافقنا أبو حنيفة أن الأجل لا يدخل فى القرض . وأما الثمن الحال فيتأجل بالتأجيل

دليلنا على مالك رحمه الله تعالى أن الأجل يقتضى جزءاً من القرض ، والقرض لا يحتمل الزيادة والنقصان فى عوضه فلم يجز شرط الأجل فيه

وأما الدليل على أبى حنيفة فقوله صلى الله عليه وسلم «كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل» وتأجيل الحال ليس فى كتاب الله تعالى فكان باطلا ، ولأنه حق مستقر فلم يتأجل بالتأجيل كالقرض

وقولنا «مستقر» احتراز من الثمن فى مدة الخيار ، ولأنه إنظار تبرع فلم يلزمه ، كالمرأة اذا وجدت زوجها عنينا فأجلته ثم رجعت من ذلك ، فإن لها ذلك وقال أصحاب أحمد لا يجوز له الرجوع لأن العقد لازم فى حق المقرض جائز فى حق المقترض ، فلو أراد المقرض الرجوع فى عين ماله لم يملك ذلك . وقال الشافعى رحمه الله ، له ذلك ، لأن كل ما يملك المطالبة بمثله ملك أخذه اذا كان موجوداً كالمغصوب والعارية .

﴿ فرع ﴾

يجوز شرط الرهن فى القرض ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم «رهن درعا عند يهودى بالمدينة وأخذ منه شعيراً لأهله» ولحديث عائشة أن النبى (ص) «اشترى طعاماً من يهودى الى أجل ورهنه درعا من حديد» وفى رواية «توفى ودرعه مرهونة عند يهودى بثلاثين صاعا من شعير» أخرجهما البخارى ومسلم : ولأحمد والنسائى وابن ماجه مثله من حديث ابن عباس

قال ابن تيمية أبو البركات «وفيه من الفقه جواز الرهن فى الحضر ومعاملة أهل الذمة» وسيأتى تفصيل ذلك فى الرهن

قال المصنف رحمه الله :

{ فصل } وفى الوقت الذى يملك فيه وجهان (أحدهما) أنه يملكه بالقبض لأنه عقد يقف التصرف فيه على القبض فوقف الملك فيه على القبض كالهبة فعلى هذا إذا كان القرض حيوانا فنفقته بعد القبض على المستقرض فان اقترض أباه وقبضه عتق عليه (والثانى) أنه لا يملكه إلا بالتصرف بالبيع والهبة والاتلاف لأنه لو ملك قبل التصرف لما جاز للمقرض أن يرجع فيه بغير رضاه ، فعلى هذا تكون نفقته على المقرض فان اقترض أباه لم يعتق عليه قبل أن يتصرف فيه ، واختلف أصحابنا فيمن قدم طعاما إلى رجل ليأكله على أربعة أوجه (أحدها) أنه يملكه بالأخذ (والثانى) أنه يملكه بتركه فى الفم (والثالث) أنه يملكه بالبلع (والرابع) أنه لا يملكه بل يأكله على ملك صاحب الطعام .

(الشرح) الأحكام : متى يملك المستقرض العين التى استقرضها ؟ فيه وجهان من أصحابنا من قال : لا يملكها إلا بالتصرف بالبيع أو الهبة أو يتلفها أو تتلف فى يده ، لأن المقرض له أن يرجع فى العين ولأن المستقرض له أن يردها ، ولو ملكها المستقرض بالقبض لم يملك واحد منهما فسخ ذلك فعلى هذا إن استقرض حيوانا كانت نفقته على المقرض إلى أن يتلفه المستقرض .

قوله : فان اقترض أباه . قال أحمد : أكره قرضهم ؛ وقال ابن قدامة يحتمل كراهية تنزيه ، ويصح قرضهم ، وهو قول ابن جريج والمزنى لأنه مال يثبت فى الذمة سلما فصح قرضه كسائر الحيوان ، ويحتمل أنه أراد كراهة التحريم ، فلا يصح قرضهم ، اختاره القاضى ، ويصح قرض العبيد دون الإماء ، وهو قول مالك والشافعى إلا أن يقرضهن من ذوى محارمهن ، لأن الملك بالقرض ضعيف وسيأتى بيان ذلك إن شاء الله .

ومنهم من قال : يملكها المستقرض بالقبض . قال الشيخ أبو حامد : وهو الصحيح ؛ لأنه بالقبض يملك التصرف فيها فى جميع الوجوه ، فلو لم يملكها بالقبض لما ملك التصرف فيها بما فيه حظ ، وبما لا حظ فيها .

وأما الرجوع فى العين المقترضة ، فلا خلاف بين أصحابنا أن للمستقرض أن يردها على المقرض ، أما المقرض فهل له أن يرجع فيها وهى فى يد المستقرض ؟ فإن قلنا إن المستقرض لا يملكها إلا بالتصرف فللمقرض أن يرجع فيها ، ومنهم من قال للمقرض أن يرجع فيها بكل حال ، وهو المنصوص عليه فى الام .

ولا يكون جواز رجوع المقرض فيها مانعا من ثبوت الملك للمستقرض فيها قبل التصرف ، ألا ترى أن الأب إذا وهب لابنه هبة وأقبضه اياها فإن الإبن قد ملكها ؛ وللأب أن يرجع فيها . وكذلك اذا اشترى سلعة بسلعة ثم وجد كل واحد منهما بما صار اليه عيبا ، فإن لكل واحد منهما أن يرجع فى سلعته ، وان كانت ملكا للآخر ، ويبطل بما لو تصرف هذا المستقرض بالعيب المستقرض ثم رجعت اليه ، فإن للمقرض أن يرجع فيها . ولا يدل ذلك على أن المستقرض لم يكن مالكا للعين وقت التصرف فيها ، فعلى هذا اذا اقترض حيوانا وقبضه كانت نفقته على المستقرض ، وان اقترض وقبضه عتق عليه .

(فرع) واختلف أصحابنا فيمن قدم الى غيره طعاما ؛ وأباح له أكله حتى يملكه المقدم اليه ، فمنهم من قال . يملكه بالتناول ، فاذا أخذ لقمة بيده ملكها ، كما اذا وهبه شيئا وأقبضه اياه ، فعلى هذا لو أراد أن المقدم أن يسترجعها منه بعد أن يأخذها بيده لم يكن له ذلك .

ومنهم من قال : يملكه بتركه فى الفم ، فعلى هذا للمقدم أن يرجع فيه مالم يتركه المقدم اليه فى فمه .

ومنهم من قال لا يملكه الا بالبلع . والرابع الذى حكاه المصنف أنه لا يملكه بالاكل ، بل بأكله وهو على ملك صاحبه ، فاذا قلنا ان المقدم اليه ملكه بأخذه باليد أو بتركه فى الفم ، فهل له أن يبيح لغيره أو يتصرف فيه بغير ذلك فيه وجهان ، قال عامة أصحابنا لا يجوز له ذلك ، لانه أباح له انتفاعا مخصوصا ، فهل يجوز له أن ينتفع به بغيره كما لو أعاره ثوبا لم يكن له أن يعيره .

وقال الشيخ أبو حامد والقاضى أبو الطيب : له أن يفعل به ما شاء من وجوه

التصرفات مثل البيع والهبة لغيره . لأنه ملكه ، فهو كما لو وهبه شيئا وأقبضه اياه قال ابن الصباغ : وهذا الذى قالاه لا يجىء على أصولهما ، لأن من شرط الهبة عندهما الإيجاب والقبول والإذن بالقبض إلا أن يتضمنها القول ، ولم يوجد ذلك هاهنا ، ولأن الإذن بالتناول انما تضمن إباحة الأكل فلا يصح أن يحصل به الملك ، ولو كان ذلك صحيحا لجاز له تناول جميع الذى قدم اليه ، ويتصرف به إلى بيته ، وكذلك إذا قلنا بتركه فى فمه فانه لم يحصل الأكل المأذون فيه ، وإنما يملكه بالبلع . قال : وعندى أن بالبلع يبطل معنى الملك فيه ، ويصير كالتالف . قال : والأوجه فى ذلك أن يكون إذنا فى الاتلاف لا تمليك فيه والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ ويجوز قرض كل مال يملك بالبيع ويضبط بالوصف لأنه عقد تمليك يثبت العوض فيه فى الذمة لجاز فيما يملك ويضبط بالوصف كالسلم ، فأما مالا يضبط بالوصف كالجواهر وغيرها ففيه وجهـان (أحدهما) لا يجوز لان القرض يقتضى رد المثل ومالا يضبط بالوصف لا مثل له (والثانى) يجوز لان مالا مثل له يضمنه المستقرض بالقيمة والجواهر كغيرها فى القيمة ولا يجوز إلا فى مال معلوم القدر فان أقرضه دراهم لا يعرف وزنها أو طعاما لا يعرف كيله لم يجز لان القرض يقتضى رد المثل فإذا لم يعلم القدر لم يمكن القضاء .

(الشرح) الأحكام : يصح القرض فى كل عين يصح بيعها وتضبط صفتها كما قلنا فى السلم ؛ وأما مالا يضبط بالصفة كالجواهر وما عملت فيه النار ، فهل يصح قرضها ؟ فيه وجهان بناء على الوجهين فيما يجب رده بالقرض فيما لا مثل له فان قلنا : يجب رد القيمة جاز قرض هذه الأشياء ، وان قلنا : يجب رد المثل فيها لم يجز قرضها ويأتى توجيههما فى رد المثليات .

(فرع) قال الصيمرى : ولا يجوز قرض الدراهم المزيفة ، ولا الزرنيخية ولا المحمول عليها ، ولو تعامل بها الناس ، فلو أقرضه دراهم أو دنانير ثم حرمت لم يكن له الا ما أقرض ، وقيل : قيمتها يوم حرمت ، ولا يصح القرض الا فى

مال معلوم . فان أقرضه دراهم غير معلومة الوزن أو طعاما غير معلوم الكيل لم يصح ، لانه اذا لم يعلم قدر ذلك لم يمكنه القضاء .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ ويجوز استقراض الجارية لمن لا يحل له وطؤها ولا يجوز لمن يملك وطأها . وقال المزنى رحمه الله يجوز لانه عقد يملك به المال فجاز أن يملك به من يحل له وطؤها كالبيع والهبة والمنصوص هو الاول لانه عقد ارفاق جائز من الطرفين فلا يستباح به الوطء كالعارية ويخالف البيع والهبة فان الملك فيهما تام لانه لو أراد كل واحد منهما أن ينفرد بالفسخ لم يملك والملك فى القرض غير تام لانه يجوز لكل واحد منهما ان ينفرد بالفسخ فلو جوزنا فيمن يحل له وطؤها أدى إلى الوطء فى ملك غير تام وذلك لا يجوز وان أسلم جارية فى جارية ففيه وجهان قال أبو إسحاق : لا يجوز لأنا لا نأمن أن يطأها ثم يردها عن التى تستحق عليه فيصير كمن اقترض جارية فوطئها ثم ردها . ومن أصحابنا من قال يجوز وهو المذهب لان كل عقد صح فى العبد بالعبد صح فى الجارية بالجارية كالبيع .

﴿ الشرح ﴾ الاحكام : يجوز قرض غير الجوارى من الحيوان فالعبيد والانعام وغيرهما مما يصح بيعها ويضبط وصفها ، وقال أبو حنيفة لا يصح قرضها وبنى ذلك على أصله أن السلم فيها لا يصح .

دليلنا ما روى أبو رافع أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « استسلف من أعرابى بكراً فأمرنى أن أقضيه فقلت : لم أجد فى الابل الا جملا خياراً رباعيا فقال اقضه ، فإن خير الناس أحسنهم قضاء » رواه الجماعة الا البخارى ، ولأن ماصح أن ثبت فى الذمة مهراً صح أن يثبت فيها قرضاً كالثياب . وأما استقراض الجوارى فيجوز ذلك لمن لا يحل له وطؤها بنسب أو رضاع أو مصاهرة كغيرها من الحيوان ، ولا يجوز لمن يحل له وطؤها .

وقال المزنى وابن داود وابن جرير الطبرى يجوز . وحكى الطبرى عن بعض أصحابنا الخراسانيين أنه يجوز قرضها ولا يحل للمستقرض وطؤها .

دليلنا أنه عقد ارفاق لا يلزم كل واحد من المتعاقدين فلم يملك به الاستمتاع كالعارية ، فقولنا عقد ارفاق احتراز من البيع اذا اشترى جارية بجارية ووجد كل واحد بما صار اليه عيبا فان لكل واحد منهما أن يطأ جاريته وليس بعقد ارفاق ، ولا ينتقض بالرجل اذا وهب لابنه جارية ، لان الهبة تلزم جهة الموهوب ، ولا تلزم جهة الواهب ، وبقول ابن قدامة من الحنابلة

ولنا أنه عقد ناقل للملك فاستوى فيه العبيد والاماء كسائر العقود ولا نسلم ضعف الملك ، فانه مطلق لسائر التصرفات بخلاف الملك فى مدة الخيار . وقولهم متى شاء المقترض ردها ، ممنوع . فاننا اذا قلنا الواجب رد القيمة لم يملك المقترض رد الامة ، وانما يرد قيمتها ، وان سلمنا ذلك لكن متى قصد المقترض هذا لم يحل له فعله ، ولا يصح اقتراضه كما لو اشترى أمة ليطأها ثم يردها بالمقايلة أو بعيب فيها وان وقع هذا بحكم الاتفاق لم يمنع الصحة كما لو وقع ذلك فى البيع اه

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يجوز قرض جر منفعة مثل أن يقرضه ألفا على أن يبيعه داره أو على أن يرد عليه أجود منه أو أكثر منه أو على أن يكتب له بها سفتجة يربح فيها خطر الطريق ، والدليل عليه ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن سلف وبيع والسلف هو القرض فى لغة أهل الحجاز ، وروى عن أبى بن كعب وابن مسعود وابن عباس رضى الله عنهم أنهم نهوا عن قرض جر منفعة ولانه عقد ارفاق فاذا شرط فيه منفعة خرج عن موضوعه فان شرط أن يرد عليه دون ما أقرضه ففيه وجهان .

(أحدهما) لا يجوز ، لأن مقتضى القرض رد المثل فاذا شرط النقصان عما أقرضه فقد شرط ما ينافى مقتضاه فلم يجز كما لو شرط الزيادة (والثانى) يجوز ، لان القرض جعل رفقا بالمستقرض وشرط الزيادة يخرج به عن موضوعه فلم يجز وشرط النقصان لا يخرج به عن موضوعه فجاز فان بدأ المستقرض فزاده أو رد عليه ما هو أجود منه أو كتب له سفتجة أو باع منه داره جاز لما روى أبو رافع رضى الله عنه قال استسلف رسول الله صلى الله عليه وسلم من رجل بكرا فجاءته

إبل الصدقة فأمرنى أن أقضى الرجل بكراً، فقلت لم أجد فى الابل إلا جملا خيارا رباعيا ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم أعطه « فإن خياركم أحسنكم قضاء »

وروى جابر بن عبد الله رضى الله عنه قال : كان لى على رسول الله صلى الله عليه وسلم حق فقضانى وزادنى ، فإن عرف لرجل عادة أنه إذا استقرض زاد فى العوض ، ففى إقراضه وجهان :

(أحدهما) لا يجوز إقراضه الا أن يشترط رد المثل لأن المتعارف كالمشروط ولو شرط الزيادة لم يجز فكذلك اذا عرف بالعادة

(والثانى) أنه يجوز وهو المذهب لأن الزيادة مندوب اليها فلا يجوز أن يمنع ذلك صحة العقد ، فإن شرط فى العقد شرطا فاسدا بطل الشرط . وفى القرض وجهان (أحدهما) أنه يبطل لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : كل قرض جر منفعة فهو ربا ، ولأنه إنما أقرضه بشرط ولم يسلم الشرط فوجب أن لا يسلم القرض (والثانى) أنه يصح ، لأن القصد منه الارفاق ، فإذا زال الشرط بقى الارفاق .

(الشرح) حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده فقد رواه ابن خزيمة والحاكم وابن حبان بلفظ « لا يحل سلف وبيع ولا شرطان فى بيع » وقد رواه من طريق ابن عمر صاحب المنتقى وقال رواه الخمسه ابن ماجه ، فخطأ الشوكانى روايته عن ابن عمر وقال الصحيح اثبات الواو ، فتكون رواية عن عبد الله بن عمرو ، وبذلك تستقيم الروايات ، فإن عمرو بن شعيب جد أبيه عبد الله بن عمرو . والله تعالى أعلم .

أما لغات الفصل فقوله : سفتجة فارسية ، وهى ما يقال لها بالعامية (كمبيالة) وقوله « بكراً » هى الثنى من الابل ، وفى قول أبى عبيد انه من الابل بمنزلة الفتى من الناس . وقوله « خيارا » أعنى مختارا عند الطلب وقضاء الأمور

أما الأحكام : فلا يجوز بيع وسلف ، وهو أن يقول : بعتك هذه الدار بمائة على أن تقرضنى خمسين ؛ لرواية عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده « نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيعتين فى بيعة . وعن ربح ما لم يضمن وبيع ماليس عندك»

ولا يجوز أن يقرضه دراهم على أن يعطيه بدلها فى بلد آخر ، ويكتب له بها صحيفة (كمبيالة) فيأمن خطر الطريق ومئونة الحمل، وهو مذهبنا : وخالفنا أحمد وغيره مستدلين بأن عبد الله بن الزبير كان يقترض ويعطى من أقرضه صحيفة يأخذ قيمتها من مصعب أخيه واليه على العراق . وفى المغنى مزيد بيان . ودليل أصحاب أحمد وخلاصته أنه عقد ارفاق . دليلنا أن أمن الطريق منفعة. وكل قرض جر نفعاً فهو ربا . ولا يجوز أن يقرضه شيئا بشرط أن يرد عليه درهمين ، ولأن هذا ربا عند تماثل البدلين فهو كالبيع فلا يجوز فيه التفاضل عند التماثل . نعم ان كان ذلك فى غير أموال الربا كالثياب والحيوان ففيه وجهان حكاهما الشيخ أبو حامد (أحدهما) يجوز لما روى عبد الله بن عمرو رضى الله عنهما قال : أمرنى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أجهز جيشا فنفدت الابل ؛ فأمرنى أن آخذ بعيرا ببعيرين الى أجل ، وهذا استسلاف مر بك فى أبواب السلم

(والثانى) لا يجوز وهو المذهب للحديث «كل قرض جر منفعة فهو حرام» ولأن هذا زيادة لايقابلها عوض فلم يصح ، كما لو باعه داره بمائة على أن يعطيه مائة وعشرة ، ولأنه لو اشترط زيادة فى الجودة لم يصح ، فلأن لايجوز اشتراط الزيادة فى العدد أولى .

وأما الخبر فى الحيوان فهو وارد فى السلم بدليل أنه قال : كنت آخذ البعير بالبعيرين الى أجل ، والقرض لا يدخل الاجل

وان أقرضه شيئا وشرط أن يرد عليه دون ما أقرضه ، ففيه وجهان حكاهما المصنف (أحدهما) لا يجوز لأن مقتضى القرض رد المثل ، فإذا شرط النقصان عما أقرضه فقد شرط ما ينافى مقتضى العقد فلم يصح ، كما لو شرط الزيادة ،

(والثانى) يجوز لأن القرض جعل رفقاً بالمستقرض واشرط الزيادة يخرج القرض عن موضوعه فلم يجز واشرط النقصان لا يخرجه عن موضوعه فجاز . والله تعالى أعلم .

(فرع) اذا اقترض من غيره درهما فرد عليه درهمين ، أو درهما أجود منه كأن أخذ منه جنيهامصرياً فرد عليه جنيها استرلينيا ، أو باع منه داره أو كتب له

بدراهمه صحيفة (كمبيالة) إلى بلد آخر من غير شرط ولا جرت المقرض عادة بذلك جاز . ومن أصحابنا من قال لا يجوز ذلك فى أموال الربا ويجوز فى غيرها ، وليس بصحيح لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم أقرض نصف صاع فرد صاعا واقترض صاعا فرد صاعين ، واقترض من الأعرابى بكراً فرد عليه أجود منه وقال صلى الله عليه وسلم « خيار الناس أحسنهم قضاء »

وقال جابر رضى الله عنه : كان لى على رسول الله (ص) دين فقضانى وزادنى ولأنه متطوع بالزيادة فجاز ، كما لو وصله بها كصلة . وكذلك لو اقترض رجل شيئا فرد أنقص مما أخذ وطابت نفس المقرض بذلك ، فإن كان الرجل معروفا اذا اقترض رد أكثر مما اقترض أو أجود منه ، فهل يجوز إقراضه مطلقاً ، فيه وجهان (أحدهما) لا يصح إقراضه إلا بشرط أن يرد عليه مثل ما أخذ لأن ما علم بالعرف كالمعروف بالشرط (والثانى) وهو الصحيح أنه يجوز إقراضه من غير شرط لأن الزيادة مندوب اليها فى القضاء ، فلا يمنع من جواز العقد

فأما ما كان معروفا من جهة العرف فلا يمنع جواز الاقراض . ألا ترى أنه لو وجدت عادة رجل أنه إذا اشترى من إنسان تمراً أطعمه منه أو أطعم البائع من غيره لم يضر ذلك بمنزلة المشروط فى بطلان البيع منه

قال العمرانى : وان أقرضه شيئا بشرط فاسد بأن أقرضه الى أجل أو أقرضه درهما بدرهمين بطل الشرط لقوله صلى الله عليه وسلم « كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل » وهل يبطل القرض ، فيه وجهان

(أحدهما) يبطل . فعلى هذا لا يملكه المقترض ، لأن القرض انما وقع بهذا الشرط ، فإذا بطل الشرط بطل العقد كالبيع بشرط فاسد (والثانى) لا يبطل لأن القرض عقد ارفاق ، فلم يبطل بالشرط الفاسد بخلاف البيع

وقال فى المغنى « ان شرط فى القرض أن يوفيه أنقص مما أقرضه وكان ذلك مما يجرى فيه الربا لم يجز لافضائه الى فوات المماثلة فيما هى شرط فيه ، وان كان فى غيره لم يجز أيضا ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعى . وفى الوجه الآخر يجوز لأن القرض جعل للرفق بالمستقرض ؛ وشرط النقصان لا يخرجه عن موضوعه بخلاف الزيادة . اه

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ويجب على المستقرض رد المثل فيما له مثل ، لأن مقتضى القرض رد المثل ، ولهذا يقال الدنيا قروض ومكافاة فوجب أن يرد المثل ، وفيما لا مثل له وجهان (أحدهما) يجب عليه القيمة . لأن ما ضمن بالمثل اذا كان له مثل ضمن بالقيمة اذا لم يكن له مثل كالمتلفات

(والثانى) يجب عليه مثله فى الخلقة والصورة ؛ لحديث أبى رافع أن النبى صلى الله عليه وسلم أمره أن يقضى البكر بالبكر ، ولأن ما ثبت فى الذمة بعقد السلم ثبت بعقد القرض قياسا على ما له مثل ، ويخالف المتلفات فإن المتلف متعد فلم يقبل منه الا القيمة لأنها أحصر ، وهـــذا عقد أجيز للحاجة فقبل فيه مثل ماقبض كما قبل فى السلم مثل ماوصف ، فإن اقترض الخبز وقلنا يجوز اقراض مالا يضبط بالوصف ففى الذى يرد وجهان (أحدهما) مثل الخبز (والثانى) ترد القيمة فعلى هذا اذا أقرضه الخبز وشرط أن يرد عليه الخبز ففيه وجهان (أحدهما) يجوز لأن مبناه على الرفق فلو منعناه من رد الخبز شق وضاق (والثانى) لا يجوز لأنه اذا شرط صار بيع خبز بخبز وذلك لا يجوز

(الشرح) الاحكام : واذا أقرض شيئا له مثل كالحبوب والادهان والدراهم والدنانير وجب على المقترض رد مثلها لأنه أقرب اليه ، وان اقترض منه مالا مثل له كالثياب والحيوان ففيه وجهان (أحدهما) يجب رد قيمته ، وهو اختيار للشيخ أبى حامد ولم يذكر غيره ، لأنه مضمون بالقيمة فى الاتلاف ، فكذلك فى القرض (والثانى) يضمنه بمثله فى الصورة ، وهو اختيار القاضى أبى الطيب الطبرى لحديث أبى رافع رضى الله عنه قضـاء البكر ، ولأن طريق القرض الرفق فسومح فيه بذلك ، ألا ترى أنه يجوز فيه النسيئة فيما فيه الربا ، ولا يجوز ذلك فى البيع بخلاف المتلف فإنه متعد ، فأوجبت عليه القيمة لأنها أحصر

قال ابن الصباغ فإذا قلنا يجب القيمة فإن قلنا انه يملك بالقبض وجبت القيمة حين القبض ، وان قلنا انه لا يملك الا بالتصرف وجبت عليه القيمة أكثر ما كانت من القبض الى حين التلف ، وان اختلفا فى قدر القيمة أو صفة المثل فالقول قول المستقرض مع يمينه لأنه غارم .

﴿ فرع ﴾ واما إقراض الخبز ، فإن قلنا : يجوز قرض مالا يضبط بالصفة كالجواهر جاز قرض الخبز ؛ وإن قلنا لا يجوز قرض مالا يضبط بالوصف فنى قرض الخبز وجهان (أحدهما) لا يجوز ، وبه قال أبو حنيفة كغيره مما لا يضبط بالوصف (والثانى) يجوز . قال ابن الصباغ : لاجماع أهل الأمصار على ذلك ، فإنهم يقترضون الخبز . فإذا قلنا يجوز . فإن قلنا يجب فيما لا مثل له رد مثله فى الصورة رد مثل الخبز وزناً . وإن قلنا يجب رد قيمة مالا مثل له رد قيمة الخبز فعلى هذا إن شرط أن يرد مثل الخبز ففيه وجهان (أحدهما) يصح ، لأن الرفق باقتراض الخبز لا يحصل إلا بذلك (والثانى) لا يصح كما لا يجوز بيع الخبز بالخبز والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

﴿ فصل ﴾ إذا أقرضه دراهم بمصر ثم لقيه بمكة فطالبه بها لزمه دفعها اليه ، فان طالبه المستقرض بأن يأخذها وجب عليه أخذها لأنه لا ضرر عليه فى أخذها فوجب أخذها فان أقرضه طعاما بمصر فلقيه بمكة فطالبه به لم يجبر على دفعه اليه لأن الطعام بمكة أغلى فان طالبه المستقرض بالأخذ لم يجبر على أخذه لأن عليه مؤنة فى حمله فان تراضيا جاز لأن المنع لحقهما وقد رضيا جميعا ، فان طالبه بقيمة الطعام بمكة أجبر على دفعها لأنه بمكة كالمعدوم وماله مثل إذا عدم وجبت قيمته ويجب قيمته بمصر لأنه يستحقه بمصر فان أراد أن يأخذ عن بدل القرض عوضا جاز لأن ملكه عليه مستقر فجاز أخذ العوض عنه كالاعيان المستقرة وحكمه فى اعتبار القبض فى المجلس حكم ما يأخذه بدلا عن رأس مال السلم بعد الفسخ وقد بيناه والله أعلم .

(الشرح) قال الشافعى فى الصرف : فإذا اقترض طعاما بمصر فلقيه بمكة وطالبه ، لأن عليه ضرراً فى نقل الطعام من مصر إلى مكة ، ولأن الطعام بمكة أكثر قيمة ، وإن طالبه المستقرض بأخذه لم يلزم المقرض أخذه لان عليه مؤنة فى حمله إلى مصر ، وإن تراضيا على ذلك جاز لان الحق لهما ، وإن طالب المقرض

المستقرض بقيمة طعامه بمكة أجبر المقترض على دفع قيمة الطعام ، لان الطعام بمكة كالمعدوم وماله مثل إذا عدم وجبت قيمته .

قال الشيخ أبو حامد : ويأخذ قيمة الطعام بمصر يوم المطالبة لا بمكة ، لانه انما وجب عليه دفع القيمة يوم المطالبة ، وهكذا إن غصب منه طعاما بمصر ، أو أسلم اليه بطعام مصر فلقيه بمكة كان الحكم فيه كالحكم فى القرض ، الا أن الغاصب اذا دفع القيمة للطعام بمكة ، وكان الطعام باقيا لم يملكه الغاصب ، بل اذا رجع الى مصر رد الطعام الذى غصبه واسترجع القيمة ، فاذا كان فى ذمته له دراهم أو دنانير من قرض أو غصب أو سلم بمصر فطالبه بقضائها فى مكة وجب عليه القضاء لانه ليس لنقلها مؤنة ، ولا يختلف باختلاف البلد .

(فرع) وان اقترض من رجل شيئا وقبضه وتصرف فيه أو أتلفه ثم أراد أن يعطيه عن بدل القرض عوضا جاز لأنه مستقر فى الذمة ، لا يخشى انتقاضه بهلاكه فجاز تصرفه فيه قبل القبض كالمبيع بعد القبض بخلاف المسلم فيه ، فإنه غير مستقر يخشى انتقاضه بهلاكه ، وحكمه فى اعتبار القبض حكم ما يأخذ عوضا عن رأس مال السلم بعد الفسخ وقد مضى بيانه . وان كانت العين المقترضة باقية فى يد المقترض فإنه لا يجوز أخذ العوض عنها ، لأنا ان قلنا : ان المقترض قد ملكها بالقبض فلا يجوز أخذ العوض ، لأن ملك المقرض قد زال عن العين ، ولم يستقر بدلها فى ذمة المستقرض ، لان للمقترض أن يرجع فى العين ، وان قلنا ان المقترض لا يملك العين الا بالتصرف لم يجز للمقرض أخذ بدل العين ، لان ملكه عليها ضعيف بتسليط المقترض عليه . هكذا قال ابن الصباغ والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله :

كتاب الرهن

ويجوز الرهن على الدين فى السفر لقوله عز وجل « وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة» ويجوز فى الحضر لما روى أنس رضى الله عنه أن النبى (ص) رهن درعا عند يهودى بالمدينة وأخذ منه شعيراً لأهله .

(الشرح) حديث أنس رواه أحمد والبخارى والنسائى وابن ماجه وبعد : —

فالرهن بفتح الراء وسكون الهاء الاحتباس من قولهم : رهن الشىء إذا دام وثبت ، ومنه قوله تعالى « كل نفس بما كسبت رهينة » وفى الشرع جعل مال وثيقة على دين ليستوفى منه الدين عند تعذره ممن عليه ويطلق أيضاً على العين المرهونة تسمية للمفعول به باسم المصدر ، وأما الرهن بضمتين فالجمع ، ويجمع أيضاً على رهان بكسر الراء ككتب وكتاب ، وقرىء بهما .

وقوله : عند يهودى هو أبو الشحم كما بينه الشافعى والبيهقى من طريق جعفر ابن محمد عن أبيه « أن النبى صلى الله عليه وسلم رهن درعا عند أبى الشحم اليهودى رجل من بنى ظفر ، فى شعير » وأبو الشحم بفتح المعجمة وسكون المهملة كنيته ، وظفر بفتح الظاء والفاء بطن من الأوس وكان حليفاً لهم ، وضبطه بعض المتأخرين بهمزة ممدودة وموحدة مكسورة اسم فاعل من الإباء وكأنه التبس عليه بآبى اللحم الصحابى .

وفى الحديث الذى روته عائشة رضى الله عنها عند البخارى ومسلم ولأحمد والنسائى وابن ماجه مثله « توفى صلى الله عليه وسلم ودرعه مرهونة عند يهودى بثلاثين صاعا من شعير » فى رواية الترمذى والنسائى من هذا الوجه « بعشرين » وقال فى فتح البارى : لعله كان دون الثلاثين فجبر الكسر تارة وألغى الجبر أخرى والرهن مجمع على جوازه ، وفيها أيضا دليل على صحة الرهن فى الحضر وهو

قول الجمهور ، والتقييد بالآية فى السفر « وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة » خرج مخرج الغالب فلا مفهوم له لدلالة الأحاديث على مشروعيته فى الحضر ، وأيضا السفر مظنة فقد الكاتب فلا يحتاج إلى الرهن غالبا إلا فيه ، وخالف مجاهد والضحاك فقالا : لا يشرع إلا فى السفر حيث لا يوجد الكاتب وبه قال داود وأهل الظاهر ، والأحاديث ترد عليهم . وقال ابن حزم : إن شرط المرتهن الرهن فى الحضر لم يكن له ذلك ، وان تبرع به الراهن جاز ، وحمل أحاديث الباب على ذلك .

قال العمرانى فى البيان :

دليلنا على جوازه فى الحضر ما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم أنه اقترض من أبى الشحم اليهودى ثلاثين صاعا من شعير لأهله بعد ما عاد من غزوة تبوك بالمدينة ، ورهن عنده درعه فكانت قيمتها أربعمائة درهم ، ففى هذا الخبر فوائد

(منها) جواز الرهن لأن النبى صلى الله عليه وسلم رهن .

(ومنها) جواز الرهن فى الحضر ، لأن ذلك كان بالمدينة وكانت موطن النبى صلى الله عليه وسلم ،

(ومنها) أنه يجوز معاملة من فى ماله حلال وحرام إذا لم يعلم عين الحلال والحرام ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم عامل اليهودى ، ومعلوم أن اليهود يستحلون ثمن الخمر ويربون .

(ومنها) أن الرهن لا ينفسخ بموت الراهن ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم مات ودرعه مرهونة .

(ومنها) أن الابراء يصح وأن يقبل المبرأ ، لان النبى صلى الله عليه وسلم لم يعدل عن معاملة مياسير الصحابة رضى الله عنهم وأرضاهم مثل عثمان وعبد الرحمن رضى الله عنهما وأرضاهما إلا لأنه كان يعلم أنه لو استقرض منهم أبروه ، فلو كانت البراءة لا تصح إلا بقبول المبرأ لكان لا تقبل البراءة فعدل النبى صلى الله عليه وسلم إلى اليهودى الذى يعلم أنه يطالبه بحقه ، ولانه وثيقة فى السفر فجازت فى الحضر كالضمان والشهادة اه .

وقال ابن المنذر : لا نعلم أحدا خالف فى الرهن فى الحضر إلا مجاهدا قال :

ابس الرهن إلا فى السفر لأن الله تعالى شرط السفر فى الرهن . قال الشافعى رحمه الله ، بعد أن ساق قوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل » وقوله تعالى « وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة » قال : فكان بينا فى الآية الأمر بالكتاب فى الحضر والسفر ، وذكر الله تبارك وتعالى الرهن إذا كانوا مسافرين ولم يجدوا كاتبا فكان معقولا — والله أعلم — فيها أنهم أمروا بالكتاب والرهن احتياطا لمالك الحق بالوثيقة والمملوك عليه بأن لا ينسى ويذكر ، لا أنه فرض عليهم أن يكتبوا ، ولا أن يأخذوا رهنا لقول الله عز وجل « فإن أمن بعضكم بعضا » فكان معقولا أن الوثيقة فى الحق فى السفر والإعواز غير محرمة — والله أعلم — فى الحضر وغير الاعواز ، ولا بأس بالرهن فى الحق الحال والدين فى الحضر والسفر وما قلت من هذا مما لا أعلم فيه خلافا ، ثم أورد أحاديث رهن النبي (ص) درعه عند أبى الشحم . ثم قال : والدين حق لازم : فكل حق مما يملك ، أو لزم بوجه من الوجوه جاز الرهن فيه ، ولا يجوز الرهن فيما لا يلزم ، فلو ادعى رجل على رجل حقا فأنكره وصالحه ورهنه به رهنا كان الرهن مفسوخا لانه لا يلزم الصلح على الانكار اه .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يصح الرهن إلا من جائز التصرف فى المال لانه عقد على المال فلم يصح إلا من جائز التصرف فى المال كالبيع .

(الشرح) الأحكام : لا يصح الرهن إلا من جائز التصرف فى المال ، فأما الصبى والمجنون والمحجور عليه ، فلا يصح منه الرهن لانه عقد على المال فلم يصح منهم كالبيع . وقال الشافعى رضى الله عنه : كل من جاز بيعه من بالغ حر غير محجور عليه جاز رهنه ومن جاز له أن يرهن أو يرتهن من الاحرار فإذا جازت هبته فى ماله جاز له رهنه بلا نظر ، ولا يجوز أن يرتهن الأب لابنه ، ولا ولى اليتيم له ، إلا بما فيه فضل لهما . ويصح الرهن بكل حق لازم فى الذمة كديون السلم ، وبدل القرض ، وثمن المبيعات ، وقيم المتلفات ، والاجرة والمهر وعوض

الخلع والأرش على الجانى ، وأما الدية على العاقلة — فإن كان قبل الحول لم يصح لأنه لم يجب عليهم شيء ، وإن كان بعد حلول الحول صح

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصـل) ويجوز أخذ الرهن على دين السلم وعوض القرض للآية والخبر ، ويجوز على الثمن والأجرة والصـداق وعوض الخلع ومال الصلح وأرش الجناية وغرامة المتلف ، لأنه دين لازم فجاز أخذ الرهن عليه كدين السلم وبدل القرض ولا يجوز أخذه على دين الكتابة لأن الرهن إنما جعل ليحفظ عوض ما زال عنه ملكه من مال ومنفعة وعضو ، والمعوض فى الكتابة هو الرقبة ، وهى باقية على ملكه لا يزول ملكه عنها إلا بالأداء فلا حاجة به الى الرهن ، ولأن الرهن إنما يعقد لتوثيق الدين حتى لا يبطل ، والمكاتب يملك أن يبطل الدين بالفسخ إذا شاء فلا يصح توثيقه .

فأما مال الجعالة قبل العمل ففيه وجهان (أحدهما) لا يجوز أخذ الرهن به لأنه مال شرط فى عقد لا يلزم فلا يجوز أخذ الرهن به كمال الكتابة (والثانى) يجوز لأنه دين يؤول الى اللزوم فجاز أخذ الرهن به كالثمن فى مدة الخيار . وأما مال السبق والرمى ففيه قولان

(أحدهما) أنه كالاجارة فيجوز أخذ الرهن به

(والثانى) أنه كالجعالة فيكون على الوجهين . وأما العمل فى الإجارة فانه ان كانت الاجارة على عمل الاجير فلا يجوز أخذ الرهن به ، لأن القصـد بالرهن استيفاء الحق منه عند التعذر ، وعمله لا يمكن استيفاؤه من غيره ، وإن كانت الاجارة على عمل فى الذمة جاز أخذ الرهن به ، لانه يمكن استيفاؤه من الرهن بأن يباع ويستأجر بثمنه من يعمل

(الشرح) قال الشيخ أبو حامد : ويحكى عن بعض الناس أنه قال : لا يصح الرهن إلا فى دين السلم وهو خلاف الاجماع اهـ

قلت : قد يكون الدين فى الذمة ثمنا ، وقد يكون فيها مثمناً ؛ ولانه حق ثابت فى الذمة فجاز أخذ الرهن كالسلم ، ويجوز أخذ الرهن بالدين الحال ، لأن النبي

صلى الله عليه وسلم رهن درعه ببدل القرض ، وهو حال ولا يصح ، ولا يصح الرهن بدين الكتابة . وقال أبو حنيفة يصح . دليلنا أنه وثيقة يستوفى منها الحق فلم يصح فى دين الكتابة كالضمان ، ولأن الرهن إنما جعل لكى يستوفى منه من له الحق إذا امتنع من عليه الحق وهذا لا يمكن فى الكتابة ، لأن المكاتب أن يعجز نفسه أى وقت شاء . ويسقط ما عليه ، فلا معنى للرهن به .

وأما الرهن بمال الجعالة بأن يقول: من رد لى حصانى الجامح فله دينار ، فإن رده رجل استحق الدينار وصح أخذ الرهن به

وهل يصح أخذ الرهن به قبل الرد ؟ فيه وجهان . أحدهما : لا يصح وهو اختيار أبى على الطبرى والقاضى أبى الطيب لأنه حق غير لازم ، فهو كمال الكتابة

والثانى : يصح لأنه يؤول إلى اللزوم فهو كالثمن فى مدة الخيار

وأما مال السبق والرمى فإن كان بعد العمل صح أخذ الرهن به ، وإن كان قبل العمل . فان قلنا إنه كالإجارة صح أخذ الرهن به ، وإن كان قبل العمل ، فان قلنا انه كالإجارة صح أخذ الرهن به . وان قلنا إنه كالجعالة فعلى الوجهين فى الجعالة .
وأما العمل فى الإجارة فهل يصح أخذ الرهن به ، ينظر فيه فان كانت الاجارة على عمل الاجير بنفسه لم يصح أخذ الرهن به لأنه لا يمكن استيفاء عمله من الرهن ، وان كانت الاجارة على تحصيل عمل فى ذمته صح أخذ الرهن به ، لأنه يمكن استيفاء العمل به من الرهن لأنه يباع الرهن ويستأجر منه من يعمل

(فرع) لا يصح أخذ الرهن باليمين والأجرة والصداق وعوض الخلع .
- إذا كان معينا - ولا بالعين المغصوبة ولا المعارة ، ولا بالعين المأخوذة بالسوم .
وقال أبو حنيفة : كل عين كانت مضمونة بنفسها جاز أخذ الرهن بها ، وأراد بذلك أن ما كان مضمونا بمثله أو قيمته جاز أخذ الرهن به ، لأن المبيع لا يجوز أخذ الرهن به لانه مضمون بفسادالعقد ، ويجوز عنده أخذ الرهن بالمهر وعوض الخلع لأنه يضمن بمثله أو قيمته .

دليلنا أنه قبل هلاك العين فى يده يثبت فى ذمته دين فلا يصح أخذ الرهن به كالمبيع .

وعند أحمد ومالك مثل ما عند أبي حنيفة . قال ابن قدامة : فإذا رهنه المضمون كالمغصوب والعارية والمقبوض في بيع فاسد أو على وجه السوم صح وزال الضمان ، وبهذا قال مالك وأبو حنيفة . اه

وقال الشافعي رضي الله عنه : لا يزول الضمان ويثبت فيه حكم الرهن ، والحكم الذي كان ثابتاً فيه يبقى بحاله لأنه لا تنافي بينهما ، بدليل أنه لو تعدى في الرهن صار مضموناً ضمان الغصب ، وهو رهن كما كان فكذلك ابتداؤه ، لأنه أحد حالتي الرهن .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ويجوز عقد الرهن بعد ثبوت الدين ، وهو أن يرهن بالثمن بعد البيع ، وبعوض القرض بعد القرض ، ويجوز عقده مع العقد على الدين ، وهو أن يشترط الرهن في عقد البيع وعقد القرض ، لأن الحاجة تدعو إلى شرطه بعد ثبوته وحال ثبوته ، فأما شرطه قبل العقد فلا يصح لأن الرهن تابع للدين فلا يجوز شرطه قبله ،

(الشرح) الأحكام : يجوز عقد الرهن بعد ثبوت الدين ، مثل أن يقرضه شيئا أو يسلم اليه في شيء فيرهنه بذلك لأنه وثيقة بالحق بعد لزومه فصح كالشهادة والضمان .

ويجوز شرط الرهن مع ثبوت الحق بأن يقول : بعتك هذا بدينار في ذمتك بشرط أن ترهنني كذا ، أو أقرضك هذا بشرط أن ترهنني كذا ، لأن الحاجة تدعو الى شرطه في العقد ، فإذا شرط هذا الشرط لم يجب على المشترى الرهن ، أي لا يجبر عليه ، ولكن متى امتنع منه ثبت للبائع الخيار في فسخ البيع

ولا يجوز عقد الرهن قبل ثبوت الحق . مثل أن يقول : رهنتك هذا على عشرة دراهم تقرضنيها ، أو على عشرة أبتاع بها منك . وقال مالك وأبو حنيفة رحمهما الله تعالى : يصح

دليلنا أنه وثيقة بحق فلم يجز أن يتقدم عليه كالشهادة بأن تقول : اشهدوا أن له عليَّ ألفاً أقترضها منه غداً

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يجوز أخذ الرهن على الأعيان كالمغصوب والمسروق والعارية والمأخوذ على وجه السوم ، لأنه إن رهن على قيمتها إذا تلفت لم يصح ، لأنه رهن على دين قبل ثبوته ، وان رهن على عينها لم يصح ، لأنه لا يمكن استيفاء العين من الرهن .

(الشرح) الاحكام : إن نقلت السفينة لقوم فى البحر متاعا وخافوا الغرق ، فقال رجل لغيره ألق متاعك فى البحر وعلىّ ضمانه ، فإن كان المتاع غير معلوم لم يصح أخذ الرهن به قبل الإلقاء لأنه رهن بدين قبل وجوبه ، وهل يصح الضمان به ؟ فيه وجهان حكاهما الصيمرى . أحدهما : لا يصح الرهن به ولا الضمان به . وهذا هو المشهور لأن القيمة لا تجب قبل الالقاء .

والثانى : يصحان ، ويمكن أن يكون للمسألة وجه ثالث : يصح الضمان ولا يصح الرهن .

وأما إذا ألقاه فى البحر وجبت القيمة فى ذمة المستدعى وصح أخذ الرهن بها والضمان لأنها دين واجب

فإذا رهنه المضمون ، كالمغصوب والعارية والمقبوض فى بيع فاسد أو على وجه السوم لم يصح عندنا ؛ وعند أصحاب أحمد ومالك وأبى حنيفة صح وزال الضمان . ولأنه مأذون له فى إمساكه رهنا لم يتجدد منه فيه عدوان فلم يضمنه كما لو قبضه منه ثم أقبضه إياه أو أبرأه من ضمانه ؛ ويقولون عن التنافى بينهما انه ممنوع لان الغاصب يده عادية يجب عليه إزالتها ، ويد المرتهن محقة جعلها الشرع له ، ويد المرتهن يد أمانة ، ويد الغاصب والمستعير ونحوهما يد ضامنة : وهم ينقضون قول الامام الشافعى رضى الله عنه فى قوله

« لا يزول الضمان ويثبت فيه حكم الرهن ، والحكم الذى كان ثابتا فيه يبقى بحاله لانه لا تنافى بينهما ، بدليل أنه لو تعدى فى الرهن صار مضمونا ضمان الغصب وهو رهن كما كان ، فكذلك ابتداؤه لأنه أحد حالتى الرهن

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ولا يلزم الرهن من جهة المرتهن ، لأن العقد لحظه ، لا حظ فيه للراهن ، فجاز له فسخه إذا شاء ، فأما من جهة الراهن فلا يلزم إلا بقبض ، والدليل عليه قوله عز وجل : فرهن مقبوضة ، فوصف الرهن بالقبض ، فدل على أنه لا يلزم إلا به ، ولأنه عقد إرفاق يفتقر إلى القبول والقبض فلم يلزم من غير قبض كالهبة ، فإن كان المرهون فى يد الراهن لم يجز المرتهن قبضه إلا بإذن الراهن . لأن للراهن أن يفسخه قبل القبض فلا يملك المرتهن إسقاط حقه من غير إذنه فان كان فى يد المرتهن فقد قال فى الرهن انه لا يصير مقبوضا بحكم الرهن إلا بإذن الراهن ؛ وقال فى الاقرار والمواهب إذا وهب له عينا فى يده صارت مقبوضة من غير إذن ، فمن أصحابنا من نقل جوابه فى الرهن إلى الهبة وجوابه فى الهبة إلى الرهن فجعلهما على قولين .

(أحدهما) لا يفتقر واحد منهما إلى الاذن فى القبض لأنه لما لم يفتقر إلى نقل مستأنف لم يفتقر إلى اذن مستأنف .

(والثانى) أنه يفتقر وهو الصحيح لأنه عقد يفتقر لزومه إلى القبض فافتقر القبض إلى الإذن ، كما لو لم تكن العين فى يده ، وقولهم : إنه لا يحتاج الى نقل مستأنف لا يصح ، لان النقل يراد ليصير فى يده ، وذلك موجود ، والاذن يراد لتمييز قبض الهبة والرهن عن قبض الوديعة والغصب ، وذلك لا يحصل الا باذن ، ومن أصحابنا من حمل المسئلتين على ظاهرهما ، فقال فى الهبة لا تفتقر الى الاذن ، وفى الرهن يفتقر ، لان الهبة عقد يزيل الملك فلم يفتقر الى الاذن لقوته والرهن لا يزيل الملك فافتقر الى الاذن لضعفه ، والصحيح هو الطريق الأول ، لان هذا الفرق يبطل به اذا لم تكن العين فى يده فإنه يفتقر الى الاذن فى الرهن والهبة مع ضعف أحدهما وقوة الآخر فإن عقد على عين رهنا واجارة وأذن له فى القبض عن الرهن والاجارة صار مقبوضا عنهما ، فان أذن له فى القبض عن الاجارة دون الرهن لم يصر مقبوضا عن الرهن ، لأنه لم يأذن له فى قبض

الرهن ، فإن أذن له فى القبض عن الرهن دون الإجارة صار مقبوضا عنهما لأنه أذن له فى قبض الرهن ، وقبض الإجارة لا يفتقر إلى الإذن لأنه مستحق عليه

(الشرح) الأحكام : لا يلزم الرهن من جهة المرتهن بحال ، بل متى ما شاء فسخه لأنه عقد لحسابه أولحظه فجاز له إسقاطه متى شاء كالإبراء من الدين . وأما من جهة الراهن فلا يلزم قبل القبض سواء كان مشروطا فى عقد أو غير مشروط ، وبه قال أبو حنيفة ، وقال مالك رحمه الله تعالى : يلزم من جهة الراهن بالإيجاب والقبول ، فمن رهن شيئاً أجبر على إقباضه ، وكذلك قال فى الهبة .

دليلنا : قوله تعالى « وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة » فوصف الرهن بالقبض ، فدل على أنه لا يكون رهنا إلا بالقبض ، كما أنه وصف الرقبة المذكورة بالأعيان ثم لا يصح على الكفارة الا عتق رقبة مؤمنة ، ولأنه عقد إرفاق احتراز من البيع ، فانه عقد معاوضة ، وقولنا : من شرطه القبول ، احتراز من الوقف .

إذا ثبت هذا : فالعقود على ضربين .

ضرب لازم من الطرفين كالبيع والحوالة والإجارة والنكاح والخلع . وضرب جائز من الطرفين كالوكالة والشركة ، والمضاربة والرهن قبل القبض ، والضمان ، والكتابة ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن أذن له فى قبض ما عنده لم يصر مقبوضا حتى يمضى زمان يتأتى فيه القبض ، وقال فى حرملة : لا يحتاج إلى ذلك كما لا يحتاج الى نقل ، والمذهب الاول ، لان القبض انما يحصل بالاستيفاء أو التمكين من الاستيفاء ، ولهذا لو استأجر داراً لم يحصل له القبض فى منافعها الا بالاستيفاء ، أو بمضى زمان يتأتى فيه الاستيفاء فكذلك ههنا ، فعلى هذا ان كان المرهون حاضراً فبأن يمضى زمان لو أراد أن ينقله أمكنه ذلك ، وان كان غائبا ، فبأن يمضى هو أو وكيله ويشاهده ثم يمضى من الزمان ما يتمكن فيه من القبض ، وقال أبو اسحاق : ان كان مما ينتقل كالحيوان لم يصر مقبوضا الا بأن يمضى اليه لانه يجوز أن يكون

قد انتقل من المكان الذى كان فيه فلا يمكنه أن يقدر الزمان الذى يمكن المضى فيه اليه من موضع الإذن الى موضع القبض ، فأما مالا ينتقل فانه لا يحتاج إلى المضى اليه بل يكفى أن يمضى زمان لو أراد أن يمضى ويقبض أمكنه ، ومن أصحابنا من قال : إن أخبره ثقة أنه باق على صفته ومضى زمان يتأتى فيه القبض صار مقبوضا ، كما لو رآه وكيله ومضى زمان يتأتى فيه القبض ، والمنصوص هو الاول وما قال أبو إسحاق لا يصح لانه كما يجوز أن ينتقل الحيوان من مكان إلى مكان فلا يتحقق زمان الإمكان ففى غير الحيوان يجوز أن يكون قد أخذ أو هلك ، وماقال القائل الآخر من خبر الثقة لا يصح ، لانه يجوز أن يكون بعد رؤية الثقة حدث عليه حادث فلا يتحقق امكان القبض ويخالف الوكيل ، فإنه قائم مقامه فقام حضوره مقام حضوره ، والثقة بخلافه .

(الشرح) الأحكام : ان عقد الرهن على عين فى يد الراهن لم يجز للمرتهن قبضها الا باذن الراهن ، لان للراهن أن يفسخ الرهن مثل القبض فلم يجز للمرتهن اسقاط حقه من ذلك بغير اذنه . وان كانت العين المرهونة فى يد المرتهن وديعة أو عارية فان الرهن يصح ، لانه اذا صح عقد الرهن على مافى يد الراهن ، فلأن يصح على ما بيد المرتهن للراهن أولى .

فأما القبض فيها فقد قال الشافعى فى الام فى باب ما يتم به الرهن من القبض فلما كان معقولا أن الرهن غير مملوك الرقبة للمرتهن ملك البيع ؛ ولا مملوك المنفعة له ملك الإجارة لم يجز أن يكون رهنا الا بما أجازه الله عزوجل به من أن يكون مقبوضا . واذا لم يجز فللراهن مالم يقبضه المرتهن منه منعه منه ، وكذلك لو أذن له فى قبضه فلم يقبضه المرتهن حتى رجع الراهن فى الرهن كان ذلك له لما وصفت من أنه لا يكون رهنا الا بأن يكون مقبوضا . وكذلك مالم يتم الا بأمرين فليس يتم بأحدهما دون الآخر مثل الهبات التى لا تجوز الا مقبوضة وما فى معناها . ولو مات الراهن قبل أن يقبض المرتهن الرهن كان المرتهن والغرماء فيه أسوة سواء اه .

وقال فيما يكون قبضا فى الرهن : واذا أقر الراهن أن المرتهن قد قبض الرهن

وادعى ذلك المرتهن حكم له بأن الرهن تام باقرار الراهن ودعوى المرتهن . ولو كان الرهن فى الشخص غائبا فأقر الراهن أن المرتهن قد قبض الرهن وادعى ذلك المرتهن أجزت الاقرار ، لأنه قد يقبض له وهو غائب عنه فيكون قد قبضه بقبض من أمره بقبضه له . اه

وقال أيضا : اذا وهب له عينا فى يد الموهوب له فقبلها تمت الهبة ولم يعتبر الاذن بالقبض . واختلف أصحابنا فيها على ثلاثة طرق فمنهم من قال : لا يلزم واحد منهما الا بالقبض ولا يصح قبضهما الا بالاذن . وما قال الشافعى رحمه الله فى الهبة ، فأراد اذا أذن ، وأضمر ذلك ، وصرح به فى الرهن .

ومنهم من نقل جواب كل واحدة منهما الى الأخرى وخرجهما على قولين .
أحدهما : لا يفتقر واحد منهما الى الاذن بالقبض ، ولأنه لما لم يفتقر الى اذن مستأنف لم يفتقر الى اذن .

والثانى : يفتقر الى الاذن . قال المصنف : وهو الصحيح . قلت : لانه قبض يلزمه به عقد غير لازم فلم يحصل الا باذن ، كما لو كانت العين فى يد الراهن .

ومنهم من حمل المسئلتين على ظاهرهما ، فقال فى الهبة . لا يفتقر الى الاذن بالقبض فيها ، وفى الرهن لا بد من الاذن بالقبض فيه ، لأن الهبة عقد أقوى يزيل الملك ، فلم يفتقر الى الاذن فيها ، والرهن عقد ضعيف لا يزيل الملك فافتقر الى الاذن بالقبض فيه . اذا ثبت هذا : فرهنه ما عنده فانه لا يحتاج الى نقله بلا خلاف على المذهب ، وهل يحتاج الى الاذن بالقبض على الطرق المذكورة وسواء قلنا : يفتقر الى الاذن فلا بد من مضى مدة يتباين فيها القبض فى مثله ان كان مما ينتقل فيمضى زمان يمكنه نقله ، وان كان مما يخلى بينه وبينه فيمضى زمان يمكنه التخلية فيه .

قال الشيخ أبو حامد : وحكى عن حرملة نفسه أنه قال : لا يحتاج الى مضى مدة ، بل يكفيه العقد والاذن ، اذا قلنا : انه شرط الى العقد لا غير — اذا قلنا ان الاذن ليس بشرط — لأن يده ثابتة عليه ، فلا معنى لاعتبار زمان ابتداء القبض ، وهذا غلط ، لان القبض لا يحصل الا بالفعل أو بالامكان ، ولم يوجد

واحد منهما ، فعلى هذا إن كان المرهون معه فى المجلس أو بقربه وهو يراه أو يعلم به فإن القبض فيه مضى مدة لو قبضه فيها أمكنه ، وإن كان الرهن فى صندوق فى البيت وهو فى البيت وتحقق كونه فيه فقبضه أن يمضى مدة لو أراد أن يقوم إلى الصندوق ويقبضه أمكنه . وإن كان الرهن غائبا عن المجلس بأن يكون فى البيت والمرتهن فى المسجد أو السوق ، فنقل المزنى عن الشافعى رحمه الله أنه لا يصير مقبوضا حتى يصير المرتهن الى منزله والرهن فيه ، فقال المصنف : هذا فيما يزول بنفسه مثل العبد أو البهيمة ، فأما مالا يزول بنفسه مثل الثوب والدار فلا يحتاج الى أن يصير إلى منزله ، ويكفى أن يأتى عليه زمان يمكنه القبض فيه

قال القاضى أبو الطيب : وقد نص الشافعى على مثل ذلك فى الأم ، لأن ما يزول بنفسه لا يعلم مكانه ، وأما الشيخ أبو حامد فقال غلط أبو إسحاق ، وقد نص الشافعى رحمه الله فى الأم على أنه لا فرق بين الحيوان وغيره . ولأنه يجوز أن يحدث على غير الحيوان التلف من سرقة أو حريق أو غرق فهو بمنزلة الحيوان وحكى المصنف أن من أصحابنا من قال أخبره ثقة بأنه باق على صفته بمضى زمان يتأتى فيه القبض ، وليس بشىء لأنه يجوز أن يكون قد تلف بعد رؤية الثقة .
قال الشافعى رحمه الله : لا يكون القبض إلا ما حضره المرتهن أو وكيله . قال أصحابنا : هذا الكلام يحتمل تأويلين :

(أحدهما) أن هذه مسألة مبتدأة ، أى أن القبض لا يحصل فى الرهن إلا أن يقبضه المرتهن أو وكيله . يقصد بهذا بيان جواز الوكالة فى القبض لأن القبض هو نقله من يد الراهن الى يد المرتهن ، وهو لا يوجد إلا بحضور المرتهن أو وكيله . وقد فرع الشافعى رحمه الله على هذا فى الام أن المرتهن لو وكل الراهن فى قبض الرهن له من نفسه لم يصح لأنه لا يجوز أن يكون وكيلا لغيره على نفسه فى القبض .

والتأويل الثانى أن هذا عطف على المسألة المتقدمة اذا رهنه وديعة عنده غائبة عنه فلا يكون مقبوضا حتى يرجع المرتهن أو وكيله ويشاهدها . قالوا وهذا أشبه لانه اعتبر مجرد الحضور لا غير ، وانما يكفى ذلك فيما كان عنده ، وأما ما كان فى يد المرتهن فلا بد من النقل فيه . والله أعلم

(فرع) إذا أذن الراهن للمرتهن فى قبض الرهن ومضت مـــدة يتأتى فيها القبض صار مقبوضا عن الرهن ولا يزول عن الغاصب ضمان الغصب إلا بالرهن يسلمه إلى المغصوب منه عن الضمان فى أحد الوجهين . وقال مالك وأبو حنيفة وأحمد والمزنى رحمهم الله تعالى : يزول ضمان الغصب عن المرتهن

دليلنا : أنه لم يتخلل بين الغصب والرهن أكثر من عقد الرهن وقبضه . والرهن لا ينافى الغصب لأنهما قد يجتمعان ، بأن يرتهن عينا ويتعدى فيها ، فإن ارتهن عارية فى يده وأذن له فى قبضها عن الرهن صح وكان له الانتفاع بها لأن الرهن لا ينافى ذلك ؛ ويكون ضمان العارية باقيا عليه ، فإن منعه المعير من الانتفاع فهل يزول عن المستعير الضمان ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) يزول لأنها خرجت عن أن تكون عارية (والثانى) لا يزول عنه الضمان لأن يده لم تزل ؛ وإن أودعها المعير عند المستعير ، والمغصوب منه عند الغاصب ، فهل يزول عنه الضمان ، فيه وجهان (أحدهما) لا يزول عنه الضمان لبقاء يده (والثانى) يزول لان الايداع ينافى الغصب والعارية

وقال الشافعى : والقبض فى العبد والثوب مما يحول بأخذه مرتهنه من يد راهنه ، وقبض مالا يحول من أرض أو دار أن يسأله بلا حامل . وهذا كما قال : القبض فى الرهن كالقبض فى البيع ، فإذا رهنه ما ينقل مثل الدراهم والثياب فقبضها كان له أن يتناولها وينقلها من مكان إلى مكان . وكذلك إذا رهنه بهيمة فقبضها له أن يسوقها أو يقودها من مكان الى مكان ، وكذلك صبرة جزافا أو مكيالا من صبرة وقبضه بالكيل، وإن رهنه مالا ينقل كالارض والدكان والدار فالقبض فيها أن يزيل الراهن يده عنها بأن يخرج منها ويسلمها الى المرتهن ولا حائل بينه وبينها ، فإن كانا فى الدار وخرج الراهن منها صح القبض . وقال أبو حنيفة لا يصح حتى يخلى بينه وبينها بعد خروجه منها ، لأنه إذا كان فى الدار فيده عليها فلا تصح التخلية ، وهذا ليس بصحيح لأن التخلية تحصل بقوله وبرفعه يده عنها ألا ترى أن بخروجه من الدار لا تزول يده عنها ، وبدخول دار غيره لا تثبت يده عليها ، ولأنه بخروجه محقق لقوله ، فلا معنى لاعادة التخلية ، هكذا ذكره ابن الصباغ، وان خلى بينه وبين الدار وفيها قماش للراهن صح التسليم فى الدار فقط

وقال أبو حنيفة : لا لأنها مشغولة بملك الراهن ، وكذلك يقال فى دابة عليها حمل ، لو رهنه الحمل دون الدابة وهو عليها صح . لأن كل ما كان قبضا فى البيع كان قبضا فى الرهن . وقال أبو حنيفة : إذا رهنه سرج دابة ولجامها وسلمها بذلك لم يصح القبض . وهذا يناقض قوله فى الحمل

(فرع) ولو أمر الراهن وكيله ليقبض المرتهن فأقبضه وكيله جاز . قال الصيمرى : ولو قال الراهن للمرتهن وكل عنى رجلا لقبضك أو ليقبض وكيلك عنى جاز ، ولو أمر الراهن وكيله ليقبض المرتهن فأقبض وكيله جاز

(فرع) قال الشافعى : والاقرار بقبض الرهن جائز إلا فيما لا يمكن فى مثله اه (قلت) وهذا كما اذا أقرا بزمان أو مكان لا يمكن صدقهما فيه ، كأن زعما أنهما تراهنا داراً بيافا وهما فى القاهرة ويافا فى يد اليهود لم يصح ، أما اذا أقرا أنهما تراهنا داراً اليوم بأسوان وهما فى القاهرة وأمكن انتقالها بالطائرة وعودتهما صح والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان أذن له فى القبض ثم رجع لم يجز أن يقبض لان الاذن قد زال فعاد كما لو لم يأذن له ، وإن أذن له ثم جن أو أغمى عليه لم يجز أن يقبضه لانه خرج عن أن يكون من أهل الاذن ويكون الاذن فى القبض الى من ينظر فى ماله ، فان رهن شيئا ثم تصرف فيه قبل أن يقبضه نظرت فان باعه أو جعله مهراً فى نكاح أو أجرة فى إجارة أو وهبه وأقبضه أو رهنه وأقبضه أو كان عبدا فكاتبه أو أعتقه انفسخ الرهن ، لان هذه التصرفات تمنع الرهن فانفسخ بها الرهن ، فان دبره فالمنصوص فى الام أنه رجوع .

وقال الربيع فيه قول آخر أنه لا يكون رجوعا . وهذا من تخريجه ، ووجهه أنه يمكن الرجوع فى التدبير ، فاذا دبره أمكنه أن يرجع فيه فيقبضه فى الرهن ويبيعه فى الدين . والصحيح هو الاول ، لأن المقصود بالتدبير هو العتق ، وذلك ينافى الرهن ، فجعل رجوعا كالبيع والكتابة ، فان رهن ولم يقبض ، أو وهب ولم يقبض كان ذلك رجوعا على المنصوص ، لان المقصود منه ينافى الرهن .

وعلى تخريج الربيع لا يكون رجوعا لأنه يمكنه الرجوع فيه . وإن كان المرهون جارية فزوجها لم يكن ذلك رجوعا لأن التزويج لا يمنع الرهن فلا يكون رجوعا فى الرهن وإن كان داراً فأجرها نظرت ، فإن كانت الاجارة إلى مدة تنقضى قبل محل الدين لم يكن رجوعا لأنها لا تمنع البيع عند المحل ، فلم ينفسخ بها كالتزويج ، وإن كانت إلى مدة يحل الدين قبل انقضائها ، فإن قلنا إن المستأجر يجوز بيعه لم يكن رجوعا لأنه لا يمنع البيع عند المحل ، وإن قلنا لا يجوز بيعه كان رجوعا لأنه تصرف ينافى مقتضى الرهن فجعل رجوعا كالبيع ،

(الشرح) الأحكام : إن رهن عيناً وأذن له بقبضها فقبل أن يقبضها المرتهن رجع الراهن عن الإذن لم يكن للمرتهن قبضها ، لأنه إنما يقبضها باذن الراهن وقد بطل إذنه برجوعه ، وإن رهنه شيئا ثم جن الراهن أو أغمى عليه أو أفلس أو حجر عليه لم يصح إقباضه الراهن ولا يكون للمرتهن قبضه لأنه لا يصح قبضه إلا باذن الراهن ، وقد خرج عن أن يكون من أهل الإذن . وكذلك اذا أذن له فى القبض فقبل أن يقبض طرأ على الراهن الجنون أو العمى أو الحجر بطل إذنه بذلك ولا يبطل الرهن بذلك .

إذا ثبت ما ذكرناه فان الولى على المجنون والمغمى عليه ينظر فان كان الحظ باقباض الرهن مثل أن يكون شرطاه فى بيع يستضر بفسخه وما أشبه ذلك أقبضه عنهما ، وان كان الحظ فى تركه لم يقبضه ، وان كان للمحجور عليه غرماء غير المرتهن قال ابن الصباغ : لم يجز للحاكم تسليم الرهن إلى من رهنه عنده قبل الحجر لأنه ليس له أن يبتدىء عقد الرهن فى هذه الحالة ، فكذلك تسليم الرهن .

(فرع) وان رهن عند غيره رهنا ثم تصرف فيه الراهن قبل القبض نظرت فان باعه أو أصدقه أو جعله عوضا أو رهنه وأقبضه ، أو كان عبداً فأعتقه أو كاتبه بطل عقد الرهن لأنه يملك فسخ الرهن قبل القبض فجعلت هذه التصرفات اختياراً منه للفسخ ، فان كانت أمة فزوجها أو عبداً فزوجه لم يبطل الرهن لأن التزويج لا ينافى الرهن ، ولهذا يصح رهن الامة المزوجة والعبد المزوج ، وان أجرا الرهن ، فان قلنا يجوز بيع المستأجر لم ينفسخ الرهن بالإجارة ، وان قلنا

لا يجوز بيع المستأجر ؛ فان كانت مدة الاجارة تنقضى قبل حلول الدين لم ينفسخ الرهن . وإن كان الدين يحل قبل انقضاء مدة الاجارة انفسخ الرهن بها ، وإن دبر الراهن العبد المرهون فالمنصوص أن الرهن ينفسخ

(فرع) استدامة القبض فى الرهن ليس بشرط فى الرهن . وقال أبو حنيفة ومالك : الاستدامة شرط فيه . دليلنا أنه عقد يعتبر فيه القبض فلم تكن استدامته شرطا كالهبة مع أبى حنيفة والقرض مع مالك

قال المصنف رحمه الله :

﴿ فصل ﴾ وإن مات أحد المتراهنين فقد قال فى الرهن : اذا مات المرتهن لم ينفسخ . وقال فى التفليس : إذا مات الراهن لم يكن للمرتهن قبض الرهن ، فن أصحابنا من جعل ما قال فى التفليس قولا آخر أن الرهن ينفسخ بموت الراهن ، ونقل جوابه فيه الى المرتهن ، وجوابه فى المرتهن اليه ، وجعلهما على قولين . أحدهما ينفسخ بموتهما لأنه عقد لا يلزم بحال ، فانفسخ بموت العاقد ، كالوكالة والشركة . والثانى لا ينفسخ لأنه عقد يؤول الى اللزوم فلم ينفسخ بالموت كالبيع فى مدة الخيار .

ومنهم من قال يبطل بموت الراهن ولا يبطل بموت المرتهن ، لأن بموت الراهن يحل الدين ويتعلق بالتركة ، فلا حاجة الى بقاء الرهن ، وبموت المرتهن لا يحل الدين ، فالحاجة باقية الى بقاء الرهن .

ومنهم من قال لا يبطل بموت واحد منهما قولا واحداً ، لأنه اذا لم يبطل بموت المرتهن على ما نص عليه والعقد غير لازم فى حقه بحال ، فلأن لا يبطل بموت الراهن والعقد لازم له بعد القبض أولى ، وما قال فى التفليس لا حجة فيه لأنه لم يرد أن الرهن ينفسخ ، وانما أراد أنه اذا مات الراهن لم يكن للمرتهن قبض الرهن من غير اذن الورثة

(الشرح) الاحكام : وان عقد الرهن ثم مات أحد المتراهنين قبل القبض فقد نص الشافعى أن الرهن لا ينفسخ بموت المرتهن بل الراهن بالخيار بين أن

يقبض ورثة المرتهن ولا يقبضهم . وحكى الدارکی أن الشافعی رحمه الله قال فی موضع آخر : إن الرهن ينفسخ بموت الراهن قبل التسليم

واختلف أصحابنا فی المسئلة على ثلاثة طرق . فمنهم من نقل جوابه فی كل واحدة منهما إلى الأخرى وخرجهما على قولين

(أحدهما) ينفسخ بموت أحدهما لأنه عقد جائز فبطل بالموت كالوكالة والشركة .

(والثانی) لا ينفسخ بموت واحد منهما لأنه عقد يئول الى اللزوم فلم ينفسخ بالموت كالبيع بشرط الخيار .

ومنهم من قال : ينفسخ بموت الراهن ولا ينفسخ بموت المرتهن ، لأن بموت الراهن يحل الدين المؤجل عليه ، فإذا كان عليه دين غير دين المرتهن كان المرتهن أسوة الغرماء ، ولا يجوز للورثة تخصيص المرتهن بالرهن ، وان لم يكن عليه دين غير المرهون به فقد تعلق بجميع التركة ، فلا وجه لتسليم الرهن به . وليس كذلك المرتهن ، فإن ماله من الدين لا يحل بموته فالحاجة باقية إلى الاستيثاق بالرهن .

ومن أصحابنا من قال : لا يبطل الرهن بموت واحد منهما قولا واحداً ، لأن الرهن اذا لم ينفسخ بموت المرتهن والعقد لا يلزم من جهته بحال ، فلأن لا يبطل بموت الراهن — والعقد قد يلزم من جهته — بعد القبض أولى .

وأنكر الشيخ أبو حامد ما حكاه الداركی وقال : بل كلام الشافعی رحمه الله يدل أن الرهن لا ينفسخ بموت الراهن لأنه قال فی الأم : واذا رهن عند رجل شيئا ثم مات الراهن قبل أن يقبض الرهن ، فإن كان عليه دين كان أسوة الغرماء وان لم يكن عليه دين فوارثه بالخيار بين أن يقبض الرهن المرتهن أو يبقيه ، وإن مات أحدهما بعد القبض لم ينفسخ الرهن بلا خلاف ، ويقوم وارث كل واحد منهما مقامه لأن الرهن لازم جهة من الراهن والعقد اللازم لا يبطل بالموت كالبيع والاجارة . والله أعلم

قال المصنف رحمه الله :

{ فصل } إذا امتنع الراهن من تسليم الرهن ، أو انفسخ العقد قبل القبض نظرت ، فان كان الرهن غير مشروط فى العقد على البيع ، بقى الدين بغير رهن ، وإن كان الرهن مشروطاً فى البيع ثبت للبائع الخيار ، بين أن يمضى البيع من غير رهن أو يفسخه ، لأنه دخل فى البيع بشرط أن يكون له بالثمن وثيقة ، ولم تسلم له ، فثبت له الخيار بين الفسخ والامضاء .

(الشرح) الأحكام : إذا امتنع الراهن من الاقباض أو انفسخ عقد الرهن قبل القبض نظرت ، فان كان الرهن غير مشروط فى العقد بقى الدين بغير رهن ، ولا خيار للمرتهن ، وإن كان الرهن مشروطاً فى بيع ثبت للبائع الخيار بين فسخ البيع وبين إمضائه ، لأنه دخل فى البيع بشرط الوثيقة ولم تسلم له الوثيقة ، فثبت له الخيار .

قال المصنف رحمه الله :

{ فصل } إذا أقبض الراهن الرهن لزم العقد من جهته ، ولا يملك فسخه لانه عقد وثيقة ، فاذا تم لم يجز فسخه من غير رضا من له الحق كالضمان ، ولأنا لو جوزنا له الفسخ من غير رضا المرتهن بطلت الوثيقة ، وسقط فائدة الرهن .

(الشرح) الأحكام : إذا قبض الراهن الرهن لزم من جهته فلم يملك فسخه قال ابن الصباغ : وهو اجماع لاخلاف فيه ، ولأنه يراد للوثيقة فلو جاز له الفسخ لم يحصل بذلك وثيقة ، واذا قبض الرهن فانه يكون وثيقة بالدين وبكل جزء منه فاذا رهنه عينين بألف وقبضهما المرتهن ثم تلفت احداهما كان الباقى رهناً بجميع الألف ؛ وبه قال أبو حنيفة فيما روى عنه فى الأصول . وروى عنه فى الزيادات أن الدين يتقسط على الرهن .

وروى عن أحمد أن العقد ينفسخ فى التالفة اذا كان قبل القبض ويبقى فى الباقية لان العقد كان صحيحا فيهما وانما طرأ انفساخ العقد فى احداهما فلم يؤثر ، كما لو اشترى شيئين ثم رد أحدهما بعيب أو خيار أو اقالة ، والراهن مخير بين

إثباض الباقية وبين منعها ، وإن كان بعد القبض للأخرى فقد لزم الرهن فيها ، ولو تلفت احداهما بعد القبض فلا خيار للبائع إذا كان الرهن مشروطاً ببيع ، لأن الرهن لو تلف كله لم يكن له خيار ، فإذا تلف بعضه أولى .

دليلنا أنه مال محبوس بحق فوجب أن يكون محبوساً بالحق وبكل جزء منه كما لو مات وخلف تركة وديناً عليه ، فان التركة محبوسة بالدين وبكل جزء منه ، ولأنه وثيقة بحق فكان وثيقة بالحق وبكل جزء منه كالشهادة والضمان ، فاذا قضى الراهن الدين أو أبرأه منه المرتهن — والرهن فى يد المرتهن بقى فى يده أمانة .

وقال أبو حنيفة : إن قضاه الرهن كان الرهن مضموناً على المرتهن ، وإن أبرأه المرتهن أو وهبه ثم تلف الرهن فى يده لم يضمنه استحساناً لأن البراءة والرهن لا يقتضى الضمان وكان هذا منا منه لأن القبض المضمون عنده لم يحول ولم يبرئه منه

قال المصنف رحمه الله :

﴿ فصل ﴾ ولا ينفك من الرهن شىء حتى يبرأ الراهن من جميع الدين لأنه وثيقة محضة ، فكان وثيقة بالدين وبكل جزء منه ، كالشهادة والضمان ، فان رهن اثنان عند رجل عينا بينهما بدين له عليهما فبرىء أحدهما ، أو رهن رجل عند اثنين عينا بدين عليه لهما فبرىء من دين أحدهما انفك نصف العين من الرهن ، لان الصفقة إذا حصل فى أحد شطريها عاقدان فهما عقدان ، فلا يقف الفكاك فى أحدهما على الفكاك فى الآخر ، كما لو فرق بين العقدين ، وإن أراد الراهنان فى المسألة الاولى أن يقتسما أو الراهن فى المسئلة الثانية أن يقاسم المرتهن الذى لم يبرأ من دينه نظرت ، فان كان مما لا ينقص قيمته بالقسمة كالحبوب جاز ذلك من غير رضا المرتهن ، وإن كان مما ينقص قيمته ففيه وجهان .

(أحدهما) لا يجوز من غير رضا المرتهن ، لانه يدخل عليه بالقسمة ضرر فلم يجز من غير رضاه (والثانى) يجوز لان المرهون عنده نصف العين فلا يملك الاعتراض على المالك فيما لا حق له فيه .

﴿ الشرح ﴾ الأحكام : إن أسلم فى طعام فأخذ به رهنا ثم تقايلا عقد السلم برىء المسلم اليه من الطعام ووجب عليه رد رأس مال المسلم ، وبطل الرهن لأن

الدين الذى ارتهن به قد بطل ، ولا يكون له حبس الرهن إلى أن يأخذ رأس المال لأنه لم يرهنه به . وإن اقترض منه ألفا ورهنه بها رهنا ثم أخذ المقرض بالالف عينا سقطت الألف عن ذمة المقترض وبطل الرهن ، وإن تلفت العين فى يد المقترض قبل أن يقبضها المقرض انفسخ القضاء وعاد الرهن والقرض لانه متعلق به وقد عاد .

قال الشيخ أبو حامد : وإن باع من رجل كرّ (١) طعام بألف درهم الى أجل وأخذ بالثمن رهنا فاذا حل الأجل أو كان حالا فللبائع أن يأخذ منه بدل الثمن دنانير ، فاذا أخذها انفسخ الرهن ، وان تفرقا قبل القبض بطل القضاء ، وعاد الثمن الى ذمة المشترى ، ويعود الرهن لان الرهن من حق ذلك الثمن فسقط بسقوطه فاذا عاد الثمن عاد بحقه . وان ابتاع منه مائة دينار بألف درهم فى ذمته ودفع عن الدراهم رهنا صح ، فان تقابضا فى المجلس صح الصرف ، وانفك الرهن ، وان تفرقا من غير قبض بطل الصرف والرهن .

(فرع) وان كان للرجل على رجلين دين فرهناه ملكا بينهما مشاعا جاز ، كما لو باعا ذلك منه ، فاذا أقضاه أحدهما ما عليه له أو أبرأ المرتهن أحدهما انفك نصف الرهن ، لان الصفقة اذا حصل فى أحد شطريها عاقدان فهما عقدان فلا يقف الفكاك فى أحدهما على الفكاك فى الآخر ، فان طلب من انفك نصيبه القسمة نظرت ، فان كان الرهن مما لا تتساوى أجزاؤه كالثياب والحيوان أو كانا دارين فأراد من انفك نصيبه أن يجعل كل دار سهما لم يجز ذلك من غير اذن المرتهن ، لان ذلك مناقلة ، والرهن يمنع من ذلك .

وان كان الرهن مما يتساوى أجزاؤه كالطعام فله مطالبته بقسمته لانه لا ضرر على المرتهن بذلك ، وهكذا اذا كانت الارض متساوية الاجزاء فهى كالطعام وان كان الرهن تنقص قيمته بالقسمة كالحجرة الواحدة ، اذا قسمتها نصفين أو الشقة الى شقتين فهل للمرتهن أن يمتنع ؟ فيه وجهان . أحدهما : له أن يمتنع لان

---

(١) الكر واحد الأكرار ما يخزن فيه القمح ومنه قول العامة عن غرفة فى البيت فيها مخزونه من الطعام (غرفة الكرار) وصوابه الكر أو الأكرار .

الضرر يدخل عليه بذلك (والثانى) ليس له أن يمتنع لأن المرهون عنده النصف فلا يملك الاعتراض على المالك فيما لا حق له فيه . وهـذا نقل البغداديين من أصحابنا . وقال المسـعودى : إن قلنا إن القسمة قدر النصيبين جازت القسمة ؛ وإن قلنا إنها بيع لم يجز ، وإن رهن رجل ملكا له عنـد رجلين بدين لهما عليه فقضى أحدهما دينه أو أبرأه أحدهما عن دينه انفك نصف الرهن ، لأن فى أحد شطرى الصفقة عاقدين فهما كالعقدين ، والحكم فى القسمة ما مضى

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإذا قبض المرتهن الرهن ثم وجد به عيبا كان قبل القبض نظرت فإن كان فى رهن عقد بعد عقد البيع لم يثبت له الخيار فى فسخ البيع ، وان كان فى رهن شرط فى البيع فهو بالخيار بين أن يفسخ البيع وبين ان يمضيه ، لأنه دخل فى البيع بشرط أن يسلم له الرهن ، فإذا لم يسلم له ثبت له الخيار ، فإن لم يعلم بالعيب حتى هلك الرهن عنده أو حدث به عيب عنده لم يملك الفسخ ، لأنه لا يمكنه رد العين على الصفة التى أخذ ، فسقط حقه من الفسخ كما قلنا فى المبيع اذا هلك عند المشترى أو حدث به عيب عنـده ، ولا يثبت له الارش ، لأن الارش بدل عن الجزء الفائت ، ولو فات الرهن بالهلاك لم يجب بدله ، فإذا فات بعضه لم يجب بدله . والله أعلم

(الشرح) الاحكام : اذا قبض المرتهن الرهن ثم وجد به عيبا كان موجودا فى يد الراهن نظرت فان كان الرهن غير مشروط فى عقد البيع فلا خيار فى فسخ البيع لان الراهن متطوع بالرهن ، فان كان الرهن مشروطا فى عقد البيع ثبت للبائع الخيار فى فسخ البيع ، لانه لم يسلم له الشرط ، وان لم يعلم بالعيب حتى هلك الرهن عنده أو حدث به عنده عيب لم يثبت له الخيار لانه لا يمكنه رد الرهن كما أخذ ، ولا يثبت له أرش العيب كما ثبت للمشترى أرش العيب ، والفرق بينهما أن المبيع يجبر البائع على إقباضه فأجبر على دفع الارش ، والراهن لا يجبر على إقباض الرهن فلم يجبر على دفع الارش

وبهذا قال أحمد وأصحابه وابن المنذر . ولأن المبيع لو تلف جميعه في يد البائع قبل التسليم لوجب عليه ضمانه بالثمن . وها هنا لو تلف الرهن في يد الراهن قبل التسليم لم يجب عليه بدله .

ولأنا لو قلنا لا أرش المشترى لأسقطنا حقه ، وها هنا لا يسقط حق المرتهن لأن حقه في ذمة الراهن ،

قال الشيخ أبو حامد : فلو باعه شيئا بشرط أن يرهنه عبدين فرهنهما عنده وأقبضه أحدهما وتلف عند المرتهن وامتنع الراهن من إقباض الثاني أو تلف في يد الراهن لم يكن للمرتهن الخيار في فسخ البيع لانه لا يمكن رد العبد الذى قبض فيمضى البيع بلا رهن ، والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب ما يجوز رهنه ومالا يجوز

مالا يجوز بيعه كالوقف وأم الولد ، والكلب والخنزير لا يجوز رهنه ، لأن المقصود من الرهن أن يباع ويستوفى الحق منه ، وهذا لا يوجد فيما لا يجوز بيعه فلم يصح رهنه .

(الشرح) الاحكام : كل عين جاز بيعها جاز رهنها لان مقصود الرهن الاستيثاق بالدين للتوصل الى استيفائه من ثمن الرهن ، إن تعذر استيفاؤه من ذمة الراهن ، وهذا يتحقق في كل عين جاز بيعها ، ولان ما كان محلا للبيع كان محلا لحكمة الرهن ، ومحل الشيء محل لحكمته إلا أن يمنع مانع من ثبوته ، أو يفوت شرط فينتفى الحكم لانتفائه كالمشاع ، فإنه استثنى من هذه القاعدة فيجوز رهن المشاع لذلك . وبه قال ابن أبي ليلى ومالك والبتى والاوزاعى وسوار والعنبرى وأبو ثور ، وقال أصحاب الرأى : لا يصح الا أن يرهنها من شريكه أو يرهنها الشريكان من رجل واحد ، لانه عقد تخلف عنه مقصوده لمعنى اتصل به فلم يصح كما لو تزوج أخته من الرضاع

ولنا أنها عين يجوز بيعها في محل الحق فيصح رهنها كالمفرزة ، ولا نسلم أن مقصوده الحبس بل مقصوده استيفاء الدين من ثمنه عند تعذره من غيره ، والمشاع

قابل لذلك ، والغريب أن أصحاب الرأى يمنعون هذا ويجيزون رهن القاتل والمرتد والمغصوب ورهن ملك غيره بغير إذنه من غير ولاية

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وما يسرع اليه الفساد من الاطعمة والفواكه الرطبة التى لا يمكن استصلاحها ، يجوز رهنه بالدين الحال والمؤجل الذى يحل قبل فساده ، لأنه يمكن بيعه واستيفاء الحق من ثمنه ، فأما مارهنه بدين مؤجل الى وقت يفسد قبل محله فإنه ينظر فيه ، فإن شرط أن يبيعه إذا خاف عليه الفساد جاز رهنه ، وإن أطلق ففيه قولان :

(أحدهما) لا يصح وهو الصحيح ، لأنه لا يمكن بيعه بالدين فى محله فلم يجز رهنه كأم الولد .

(والثانى) يصح . وإذا خيف عليه أجبر على بيعه ويجعل ثمنه رهناً ، لأن مطلق العقد يحمل على المتعارف ويصير كالمشروط . والمتعارف فيما يفسد أن يباع قبل فساده ، فيصير كما لو شرط ذلك ، ولو شرط ذلك جاز رهنه ، فكذلك اذا أطلق ، فإن رهن ثمرة يسرع اليها الفساد مع الشجر ففيه طريقان ، من أصحابنا من قال فيه قولان ، كما لو أفرده بالعقد ، ومنهم من قال يصح قولا واحداً لأنه تابع للشجر ، فإذا هلكت الثمرة بقيت الشجرة

(الشرح) الاحكام: ان رهنه شيئا رطبا يسرع اليه الفساد : فإن كان مما يمكن تجفيفه كالرطب والعنب صح رهنه ووجب على الراهن مئونة تجفيفه ، كما يجب عليه مئونة حفظه وعلف الحيوان ، فان احتاج الى ثلاجة ليحفظ فيها كان على الراهن استهلاك الثلاجة من الثلج أو الكهرباء ، وان كان مما لا يمكن تجفيفه أو حفظه فى الثلاجات نظرت فان رهنه بحق حال أو مؤجل قبل فساده صح الرهن لأن الغرض يحصل بذلك

وان شرط الراهن أن لا يباع الا بعد حلول الحق لم يصح الرهن لأنه يتلف ولا يحصل المقصود ، وان أطلقا ذلك ففيه قولان (أحدهما) يصح الرهن ، فاذا خيف عليه الفساد بيع وجعل ثمنه رهناً : لأن العقد يبنى على عرف الناس ،

وفى عرفهم أن المالك لايترك من ماله مايخاف عليه الفساد ليفسد (والثانى) لا يصح الرهن وهو الصحيح .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وان علق عتق عبد على صفة توجد قبل محل الدين لم يجز رهنه ، لأنه لا يمكن بيعه فى الدين . وقال أبو على الطبرى رحمه الله : اذا قلنا يجوز رهن ما يسرع اليه الفساد جاز رهنه ، وان علق عتقه على صفة يجوز أن توجد قبل محل الدين ، ويجوز أن لا توجد ، ففيه قولان (أحدهما) يصح لأن الاصل بقاء العقد وامكان البيع ؛ ووقوع العتق قبل محل الدين مشكوك فيه ، فلا يمنع صحة الرهن كجواز الموت فى الحيوان المرهون (والثانى) لا يصح لأنه قد توجد الصفة قبل محل الدين فلا يمكن بيعه ، وذلك غرر من غير حاجة ، فمنع صحة الرهن .

(الشرح) الاحكام ، ان علق عتق عبده على صفة ثم رهنه ففيه ثلاث مسائل (الاولى) اذا قال ، اذا جاء رأس الشهر فأنت حر ، وكان قد رهنه بحق حال أو مؤجل قبل مجيء رأس الشهر فيصح الرهن قولا واحداً ، لأنه يمكن استيفاء الحق من ثمنه .

(الثانية) أن يرهنه بحق مؤجل توجد الصفة قبله ؛ فقد قال عامة أصحابنا لا يصح قولا واحداً . وقال أبو على الطبرى فيه قولان ، كرهن ما يسرع اليه الفساد ، والصحيح هو الاول ، لأن الطعام الرطب الظاهر من جهة الراهن بيعه اذا خيف عليه الفساد وجعل ثمنه رهناً ، والظاهر ممن علق عتق عبده على صفة أنه أراد ايقاع العتق بذلك

(الثالثة) اذا علق عتقه على صفة يجوز أن توجد قبل محل الدين ، ويجوز أن يحل الدين قبلها ، بأن يقول اذا قدم زيد فأنت حر . واذا دخلت الدار أو كلمت زيداً فأنت حر ؛ فهل يصح رهنه ها هنا بعد ذلك ؟ فيه قولان

(أحدهما) يصح الرهن لان وقوع العتق قبل محل الدين مشكوك فيه

(والثانى) لا يصح ، لأن الصفة قد توجد قبل محل الدين فيبطل الرهن ، وذلك غرر من غير حاجة فلم يجز ، هذا قول عامة أصحابنا . وقال أبو على فى الافصاح لا يصح رهنه قولا واحدا لأنه عقد الرهن على غرر .

قال المصنف رحمه الله :

﴿ فصل ﴾ واختلف أصحابنا فى المدبر . فمنهم من قال : لا يجوز رهنه قولا واحداً ، لأنه قد يموت المولى فجأة فيعتق فلا يمكن بيعه ، وذلك غرر من غير حاجة ، فمنع صحة الرهن . ومنهم من قال : يجوز قولا واحداً لأنه يجوز بيعه فجاز رهنه كالعبد القن . ومنهم من قال . فيه قولان : بناء على القولين فى أن التدبير وصية أو عتق بصفة ، فان قلنا : إنه وصية جاز رهنه ، لأنه يجوز الرجوع فيه بالقول ، فجعل الرهن رجوعا . وان قلنا : إنه عتق بصفة لم يجز رهنه ، لأنه لا يجوز الرجوع فيه بالقول ، وإنما يجوز الرجوع فيه بتصرف يزيل الملك ، والرهن لا يزيل الملك .

قال أبو إسحاق : إذا قلنا : إنه يصح رهنه فحل الحق وقضى سقط حكم الرهن وبقى العبد على تدبيره ، وإن لم يقض قيل له : أترجع فى التدبير ؟ فان اختار الرجوع بيع العبد فى الرهن . وإن لم يختر فإن كان له مال غيره قضى منه الدين ، ويبقى العبد على التدبير ، وان لم يكن له مال غيره ففيه وجهان .

(أحدهما) أنه يحكم بفساد الرهن ، لأنا إنما صححنا الرهن لأنا قلنا لعله يقضى الدين من غيره أو يرجع فى التدبير ، فإذا لم يفعل حكمنا بفساد الرهن (والثانى) أنه يباع فى الدين وهو الصحيح ، لأنا حكمنا بصحة الرهن ، ومن حكم الرهن أن يباع فى الدين وما سوى ذلك من الأموال كالعقار والحيوان وسائر ما يباع يجوز رهنه ، لأنه يحصل به مقصود الرهن وما جاز رهنه جاز رهن البعض منه مشاعا ، لأن المشاع كالمقسوم فى جواز البيع ، فكان كالمقسوم فى جواز الرهن ، فإن كان بين رجلين دار فرهن أحدهما نصيبه من بيت بغير إذن شريكه ففيه وجهان .

(أحدهما) يصح كما يصح بيعه (والثانى) لا يصح لان فيه إضراراً بالشريك بان يقتسما فيقع هذا البيت فى حصته فيكون بعضه رهنا .

(الشرح) الأحكام : قال الشافعى رحمه الله ، ولو دبره ثم رهنه كان الرهن مفسوخا ، وجملة ذلك أنه إذا قال لعبده إذا مت فأنت حر ثم رهنه بعد ، فاختلف

أصحابنا فى صحة الرهن على ثلاث طرق ، فمنهم من قال : إن قلنـا . إن التدبير وصية صح الرهن وبطـل التدبير ، لأن الوصية يجوز الرجوع فيها بالقول ، فجعل الرهن رجوعا .

وإن قلنـا : إن التدبير عتق بصفة لم يصح ، لأنه لا يصح الرجوع فيه ، الا بتصرف يزيل الملك ، قالوا : وقول الشافعى : كان الرهن مفسوخا أراد على هذا القول ، ومنهم من قال : لا يصح الرهن قولا واحداً ، وعليه يدل ظـاهر قوله فى الام ، لانه قال : اذا دبر عبده ثم رهنه كان الرهن مفسوخا ، ولو قال : كنت رجعت قبل الرهن عن التدبير فهل يصح الرهن فيه قولان ، وهذا نص فى أنه لا يصح الرهن قبل الرجوع قولا واحداً ، ولانا - وان قلنا : ان التدبير وصية - الا أنه أقوى من الوصية بدليل أنه يتحرر بالموت من غير قبول بخلاف الوصية

ومنهم من قال : يصح الرهن قولا واحداً ، ولا يبطل التدبير ، لان الشافعى رحمه الله قال : كل ما جاز بيعه جاز رهنه كالمدبر يجوز بيعه قولا واحداً فكذلك رهنه . قال ابن الصباغ : والطريقة الأولى أصح ، والثانية : ظـاهر كالأمة . والثالثة : مخالفة للنص والقياس .

فاذا قلنا : بالطريقة الاولى ، وأن الرهن يصح - اذا قلنا : ان التدبير وصية - فان التدبير يبطل ، وهو اختيار المزنى ، فان قضى الحق من غيره فلا كلام ولم يعتق العبد بالموت الا بتدبير ثان أو عتق ، وان لم يقضه من غيره بيع العبد بالموت الا بتدبير ثان أوعتق ، وان لم يقضه من غيره بيع العبد فى الدين ، وان قلنا بالطريقة الثانية أن الرهن صحيح والتدبير صحيح نظرت . فان حل الحق وقضى الحق من غير الرهن بقى العبد فى الدين ، وان لم يختر الرجوع فيه ، فان كان له مال غير العبد أجبر على قضاء الدين وبقى العبد على التدبير ، وان لم يكن له مال غيره ففيه وجهان من أصحابنا من قال : يحكم بفساد الرهن ، لانا انما صححنا الرهن رجاء أن أن يرجع فى التدبير فيباع ، وتأول قول الشافعى «كان الرهن مفسوخا» على هذا الموضع ؛ ومنهم من قال : يباع فى الدين ، وهو الصحيح . لانه اذا حكمنا بصحة الرهن لم يتعقبه الفساد بامتناع الراهن ، ومن حكم الرهن أن يباع فى الدين .

(فرع) وان رهن عبده ثم دبره فان دبره قبل أن يقبض كان فسخا للرهن على المنصوص ، وعلى تخريج الربيع لا يكون فسخاً له ، وقد مضى ذكره ، وان أقبضه ثم دبره قال الشافعي رحمه الله أوقفت التدبير ، فان حل الحق وقضى الدين من غير الرهن خرج العبد من الرهن وكان مدبراً ، وإن لم يقضه من غيره - وان باعه - صح وبطل التدبير ، وإن لم يختر الرجوع في التدبير — فإن كان له مال غيره — أجبر على قضائه منه وبقي العبد على التدبير ، وإن لم يكن له مال غير العبد بيع فى الدين وبطل التدبير ، وان مات الراهن قبل قضاء الدين فقد حل الدين بموته ، وان خلف تركة تفي بالدين عن العبد قضى الدين منها وعتق العبد من ثلث ما بقى ، وان لم يكن له مال غيره ، فان كان الدين يستغرق قيمته بيع العبد فى الدين ؛ وان كانت قيمته أكثر من الدين بيع منه بقدر الدين ، وعتق ثلث ما بقى بالتدبير ، فإن أجازه الورثة عتق باقيه .

﴿ مسألة ﴾ وما صح رهنه صح رهن جزء منه مشاعا سواء كان مما ينقسم كالدور والأرضين ، أو مما لا ينقسم كالجواهر . وسواء رهنه من شريكه أو من غيره وقد مضى تفصيل الخلاف فيه والرد على أبي حنيفة وأصحاب الرأى فى أول الباب فراجعه وتتمة القول : ان كان بين رجلين عمارة فيها شقق فرهن أحدهما نصيبه من شقة من غير شريكه فإن كان بإذن شريكه صح الرهن ، وان كان بغير اذنه ففيه وجهان .

(أحدهما) يصح كما يصح بيعه (والثانى) لا يصح ، لأن فى ذلك ضرراً على الشريك لأنهما قد يقتسمان فتقع هذه الشقة فى حق شريكه فيكون قد رهن مال غيره بغير اذنه بخلاف البيع ، فإنه اذا باع زال ملكه فيه ، ولا يملك المقاسمة على ما باع .

اذا ثبت هذا : ورهن سهماً مشاعا فى عين بينه وبين غيره — فإن كان مما لا ينقل — فإن الراهن يخلى بينه وبين المرتهن سواء حضر الشريك أو لم يحضر ، وان كان مما ينقل كالجواهر والبضائع والدواب وما أشبهها فان القبض لا يحصل الا بالنقل ، ولا يمكنه تناولها الا باذن الشريك . فان رضى الشريك تناولها ،

وإن امتنع — فإن رضى المرتهن أن يكون فى يد الشريك — جاز ، وناب عنه فى القبض ؛ وان تنازعا فإن الحاكم ينصب عدلا ، وهو ما يسمى فى العرف الحاضر حارساً أميناً يكون فى يده لهما ، وان كان مما له أجرة ومنفعة (رسـوم أتعاب) كانت عليهما .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يجوز رهن مال الغير بغير اذنه : لأنه لا يقدر على تسليمه ولا على بيعه فى الدين ، فلم يجز رهنه ، كالطير الطائر والعبد الآبق ، فان كان فى يده مال لمن يرثه وهو يظن أنه حى فباعه أو رهنه ، ثم بان أنه قد مات قبل العقد . فالمنصوص أن العقد باطل لأنه عقد، وهو لاعب فلم يصح . ومن أصحابنا من قال يصح لأنه صادف ملكه فأشبه اذا عقد وهو يعلم أنه ميت

(الشرح) سبق للنووى رحمه الله أن أخذ على المصنف تعريفه لغير بالالف واللام ، فكان الأصح ثم الأفصح أن يقول « مال غيره » وان كان سلفنا السبكى رحمه الله تعالى تجوّز فى استعمالها فى شوطه فى التكملة . أما الاحكام فانه لا يجوز رهن مال غيره بغير اذنه لانه لا يقدر على تسليمه ، فهو كما لو رهنه سمكة فى البحر ، وان كان فى يده مال لمن يرثه فباعه أو رهنه قبل أن يعلم بموته ثم بان أنه كان قد مات قبل البيع والرهن ففيه وجهان

(أحدهما) وهو المنصوص أنه لا يصح . لأنه باع ورهن مالا يعتقده ملكه فكان متلاعبا فى ذلك فلم يصح

(والثانى) يصح لأنه بان أنه ملكه . قال الشيخ أبو حامد . وهكذا لو وكل رجلا يشترى له شيئا بعينه فباعه الموكل أو رهنه قبل الشراء وقال بعتك هـذا الشيء ان كان لى فبان أنه كان له ، وان كان له مال فى صندوق وقد رآه المرتهن فرهنه أو باعه وهو لا يتحقق كونه فيه . ثم بان أنه كان فيه . فعلى الوجهين المنصوص أنه لا يصح .

(فرع) وان رهنه سكنى دار لم يصح ، لأن الدين ان كان مؤجلا فالمنافع تتلف الى وقت الحلول . وان كان الدين حالا لم يحصل الاستيثاق . والرهن لا يلزم

إلا بالقبض ، والقبض لا يمكن فى السكنى إلا بإتلافه ، فكأنه رهنه مالا يمكنه إقباضه ، فإن قال أردت به إن أجرتها كانت الأجرة رهناً لم يصح أيضا لأنه لا يدرى بكم يؤاجرها فكان باطلا ، أما فى المساكن التى تحددت أجرتها بأوامر السلطات والحكام طبقاً لقواعد المثلية أو نفقات البناء أو غير ذلك من مراعاة العدل بين الناس ، فقد تعين للمرتهن قدر إجارتها ، فصح أن تكون الأجرة من قيمة الرهن . والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان رهن مبيعاً لم يقبضه نظرت ، فان رهنه قبل أن ينقد ثمنه لم يصح الرهن لأنه محبوس بالثمن فلا يملك رهنه كالمرهون ، فان رهنه بعد نقد الثمن ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح ، لأنه عقد يفتقر الى القبض فلم يصح فى المبيع قبل القبض كالبيع (والثانى) يصح ، وهو المذهب ، لأن الرهن لا يقتضى الضمان لجاز فيما لم يدخل فى ضمانه بخلاف البيع

(الشرح) الاحكام : ان اشترى عينا فرهنها قبل أن يقبضها — فان كان قبل أن يدفع الثمن لم يصح الرهن لأنها مرهونة بالثمن . وكذلك ان رهنها بثمنها لم يصح لأنها قد صارت مرهونة به ، وإن نقد الثمن ثم رهنها ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح لأن عقد الرهن يفتقر إلى القبض فلم يصح من المبيع قبل القبض ، كما لو باعه وفيه احتراز من العتق والتزوج .

(والثانى) يصح ، وهو الصحيح لأن الرهن لا يقتضى الضمان على المرتهن فصح فيما لم يدخل فى ضمانه بخلاف البيع .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وفى رهن الدين وجهان (أحدهما) يجوز ، لأنه يجوز بيعه لجاز رهنه كالعين (والثانى) لا يجوز لأنه لا يدرى هل يعطيه أم لا ، وذلك غرر من غير حاجة فمنع صحة العقد .

(الشرح) الاحكام ، وفى بيع الدين المستقر وهبته ورهنه من غير من هو عليه ثلاثة أوجه (أحدها) لا يصح واحد منها ، لأنه غير مقدور على تسليمه

فلم يصح كالسمك فى الماء (والثانى) يصح الجميع منها وهو اختيار ابن الصباغ، لأن الذمم تجرى مجرى الأعيان، ألا ترى أنه يصح أن يشترى بثمن فى ذمته ويبيع فيها، كما يجوز أن يشترى الأعيان ويبيعها. إلا أن البيع لا يفتقر لزومه الى القبض. وفى الهبة والرهن لا يلزمان من غير قبض، ولا يصح الرهن لأن البيع والهبة يصحان، ويلزمان من غير قبض، ولا يصح الرهن لأن البيع والهبة تمليك فجرى مجرى الحوالة بخلاف الرهن.

قال المصنف رحمه الله تعالى:

(فصل) ولا يجوز رهن المرهون من غير إذن المرتهن، لأن ما استحق بعقد لازم لا يجوز أن يعقد عليه مثله من غير اذن من له الحق، كبيع ما باعه، وإجارة ما أجره، وهل يجوز رهنه بدين آخر عند المرتهن؟ ففيه قولان. قال فى القديم «يجوز» وهو اختيار المزنى. لأنه اذا جاز أن يكون مرهوناً بألف ثم يصير مرهوناً بخمسمائة جاز أن يكون مرهونا بخمسمائة، ثم يصير مرهونا بألف. وقال فى الجديد: لا يجوز لأنه رهن مستحق بدين. فلا يجوز رهنه بغيره، كما لو رهنه عند غير المرتهن، فإن جنى العبد المرهون ففداه المرتهن. وشرط على الراهن أن يكون رهنا بالدين والارش، ففيه طريقان، من أصحابنا من قال هو على القولين؛ ومنهم من قال يصح ذلك قولا واحداً، والفرق بين الأرش وبين سائر الديون أن الارش متعلق بالرقبة، فاذا رهنه به فقد علق بالرقبة ما كان متعلقاً بها، وغيره لم يكن متعلقاً بالرقبة فلم يجز رهنه به، ولأن فى الرهن بالارش مصلحة للراهن فى حفظ ماله، والمرتهن فى حفظ وثيقته، وليس فى رهنه بدين آخر مصلحة، ويجوز للمصلحة مالا يجوز لغيرها، والدليل عليه أنه يجوز أن يفتدى العبد بقيمته فى الجناية ليبقى عليه. وان كان لا يجوز أن يشترى ماله بماله.

(الشرح) الاحكام، اذا رهن عبداً عند رجل وأقبضه إياه فقبضه ثم رهنه الراهن عند آخر بغير إذن الأول لم يصح الرهن الثانى. لأن ما استحق بعقد لازم لا يجوز أن يعقد عليه مثله من غير إذن من له الحق، كما لو باع عيناً من زيد

ولزم البيع ثم باعها من عمرو ، فقوله بعقد لازم احتراز من الرهن قبل القبض ، ومن إعارة ما أعاره

وقوله « لا يجوز أن يعقد عليه مثله » احتراز من عقد الإجارة على الرهن ، فإنه يصح بغير إذن المرتهن . وقوله : من غير إذن من له الحق ، لأن المرتهن لو أذن فى رهنه من غيره صح ، وان رهن رجلا عبداً بألف درهم ثم رهنه عنده بألف أخرى ففيه قولان . قال فى القديم « يصح » وبه قال مالك وأبو يوسف رحمهم الله تعالى ؛ لأنه لما جاز أن يزيد فى الحق الواحد رهناً آخر جاز أيضاً أن يرهن الرهن الواحد بحق آخر .

ولأن الرهن وثيقة كالضمان ، فلما جاز أن يضمن من غيره حقاً ثم يضمن عنه حقاً جاز فى الرهن مثله . وقال فى الجديد « لا يصح » وبه قال أبو حنيفة لأنه رهن لازم بدين آخر ، كما لو رهنه عند غيره ، وفيه احتراز من رهنه قبل القبض ، فعلى هذا إذا كان أراد أن يرهنه بألفين فسخ الاول ثم يرهنه بالألفين ؛ فإن رهنه بألف ثم رهنه بألف وأقر أنه رهنه بالفين كان الاقرار صحيحا فى الظاهر والباطن على القديم . وأما على الجديد فيكون رهناً بالالفين حكما ظاهراً . وأما فى الباطن فلا يكون الامر مرهونا بألف ، فإن ادعى المقر أنه رهنه بألف ثم رهنه بألف ، وادعى المقر له أنه رهنه بهما معاً فالقول قول المقر له مع يمينه ، لأن الظاهر صحة الإقرار .

وإن شهد شاهدان على عقد الرهنين ثم أرادا أن يقيما الشهادة ، فان كانا يعتقدان صحة القول الجديد شهدا أنه رهنه بألف ثم رهنه بألف ، فان كانا يعتقدان صحة القول القديم ففيه وجهان (أحدهما) يجوز أن يشهدا أنه رهنه بالفين ، ويطلقا ذلك ، لأنهما يعتقدان صحة ما يشهدان به (والثانى) لا يجوز أن يشهدا الا على ما وقع عليه العقدان ، لأن الاجتهاد فى ذلك الى الحاكم

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وفى رهن العبد الجانى قولان . واختلف أصحابنا فى موضع القولين على ثلاث طرق ، فنهم من قال القولان فى العمد ، فأما فى جناية الخطأ فلا يجوز

قولا واحدا . ومنهم من قال القولان فى جناية الخطأ ، فأما فى جناية العمد فيجوز قولا واحدا . ومنهم من قال القولان فى الجميع ، وقد بينا وجوههما فى البيع

(فصل) ولا يجوز رهن مالا يقدر على تسليمه كالعبد الآبق والطير الطائر ، لأنه لا يمكن تسليمه ولا بيعه فى الدين فلم يصح رهنه

(فصل) ومالا يجوز بيعه من المجهول لا يجوز رهنه ، لأن الصفات مقصودة فى الرهن للوفاء بالدين كما أنها مقصودة فى البيع للوفاء بالثمن ، فإذا لم يجز بيع المجهول وجب أن لا يجوز رهن المجهول

(الشرح) فى رهن العبد الجانى قولان وفى موضع القولين ثلاث طرق مضى ذكر ذلك فى البيع ، ولا يجوز رهن مالا يقدر على تسليمه كالطير الطائر والعبد الآبق ، ولا رهن عبد من عبد كما لا يجوز بيع ذلك

(فرع) اذا قال رهنتك هذا الصندوق بما فيه ، أو هذا البيت بما فيه ، أو هذه الحقيبة بما فيها فقد نص الشافعى رحمه الله فى الأم أن الرهن لا يصح بما فى هذه الاشياء ، قال الشيخ أبو حامد : وهل يصح الرهن فى الحق بضم الحاء المهملة . والبيت والجراب والخريطة ، فيه قولان بنـاء على القولين فى تفريق الصفقة ، وان قال : رهنتك هذا الحق دون ما فيه وهذا البيت دون ما فيه ، أو هذا الجراب دون ما فيه ، أو هذه الخريطة دون ما فيها صح الرهن فى هـذه الاشياء دون ما فيها ،

وإن قال رهنتك هـذا الحق أو هذا البيت أو هذا الجراب أو هذه الخريطة ولم يقل دون مافيه ولا بما فيه ، فنص الشافعى رحمه الله أن الرهن يصح فى البيت والحق والجراب ، ولا يصح فى الخريطة ، والخريطة وعاء من أدم وغيره تشرج على ما فيها كما فى الصحاح ، وفى ديارنا يسمى أهل الريف كيساً خشن النسج يطوونه على فلوسهم خريطة . قال لأن الحق والبيت والجراب لها قيمة تقصد فى العادة . والخريطة ليس لها قيمة مقصودة فى العادة ، وانما المقصود ما فيها .

قال الشيـخ أبو حامد : ولأصحابنا فى هذا تخليط . ومنصوص الشافعى رحمه الله ما ذكرته .

(فرع) قال الشافعي رحمه الله : وإن رهنه أرضا من أرض الخراج فالرهن مفسوخ ، لأنها غـــير مملوكة ، واختلف أصحابنا في تأويل هذا فقال أبو سعيد الإصطخري أراد الشافعي رحمه الله بذلك سواد العراق ، وذلك أن أمير المؤمنين عمر (رض) افتتحها وأخرجها من أيدي المجوس وقسمها بين الناس واستغلوها سنتين أو ثلاثا ، ثم رأى أنهم قد اشتغلوا بالارض عن الجهاد فسألهم أن يردوها عليه فمنهم من طابت نفسه بالرد بغير عوض ، ومنهم من لم يطب نفسا إلا بعوض ثم وقفها أمير المؤمنين على المسلمين وأجرها ممن هي في يده على كل نوع من الغلات أجرة معلومة لا الى غاية ، فعلى هذا لا يجوز بيعها أو رهنها ، وهذا ظاهر النص

وقال أبو العباس بن سريج : لما استردها أمير المؤمنين من المسلمين باعها ممن هي في يده ، وجعل منها جعلا هو الخراج الذي يؤخذ منهم ، فيجوز بيعها ورهنها لان النـــاس من وقت أمير المؤمنين الى وقتنا هذا يبيعونها ويبتاعونها من غير منكر . وأما قول الشافعي رحمه الله فمحمول عليه لو أوقف الإمام أرضا وضرب عليها الخراج ، فإن قيـل فهذا الذي قلتموه في فعل أمير المؤمنين من التأويلين جميعا لا يصح على مذهب الشافعي ولا غيره ، ولان الاجارة لا تجوز الى غير مدة معلومة ولا بأجرة غير معلومة ، وكذلك البيع لا يجوز الى أجل غـير معلوم ، ولا بثمن غير معلوم .

فالجواب أن هذا انما لا يصح اذا كانت المعاملة في أموال المسلمين ، فأما اذا كانت في أملاك المشركين فيصح ، ألا ترى أن رجلا لو قال من جاء بعبدي الآبق فإن له عبداً وثوبا وهما غير موصوفين لم يكن هذا جعلا صحيحا ، ولو قال الامام من دلنا على القلعة الفلانية فله منها جارية كان جعلا صحيحا اه .

فإن كان في الخراج بناء أو غراس ، فان كان محدثا في أرض الخراج من غيرها صح بيعه ورهنه مفرداً ؛ وان باعه أو رهنه مع أرض الخراج — وقلنا لا يصح بيعها ورهنها بطل في الارض ؛ وهل يصح في البناء والغراس ؟ فيه قولان ، بناء على القولين في تفريق الصفقة ، وقد مضى ذكر ذلك ، وان كان البناء والغراس من أرض الخراج لم يصح بيعه ورهنه .

وقال الشافعى رحمه الله : فان أدى عنه الخراج كان متطوعا لا يرجع به إلا أن يكون دفع بأمره فيرجع ، وهذا كما قال : اذا رهن أرضا من أرض الخراج وأجرها فان الخراج الذى يجب فى الأرض يجب على راهن الأرض الذى رهنها وأجرها ، فان دفع المرتهن أو المستأجر الخراج الواجب فيها نظرت ، فان كان بغير أمر من وجب عليه أو قضى الدين عن غيره بغير اذنه لم يرجع عليه بشىء .
وقال مالك رحمه الله : يرجع عليه .

دليلنا : أنه متطوع بالدفع عنه فلم يرجع بشىء كما لو وهبه شيئاً ، وان قضى باذنه وشرط عليه البدل . والثانى لا يرجع عليه بشىء وهو اختيار ابن الصباغ لأن الشافعى رحمه الله قال : ولو دفع ثوباً الى قصار فقصره لا أجرة له لأنه لم يشرطها له ، ولأنه لم يشرط الرجوع فلم يرجع عليه بشىء كما لو وهبه شيئاً ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وفى رهن الثمرة قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع قولان .

(أحدهما) لا يصح لانه عقد لا يصح فيما لا يقدر على تسليمه فلم يجز فى الثمرة قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع كالبيع .

(والثانى) أنه يصح لأنه ان كان بدين حال فمقتضاه أن تؤخذ فتباع فيأمن أن تهلك بالعاهة وان كان بدين مؤجل فتلفت الثمرة لم يسقط دينه وانما تبطل وثيقته والغرر فى بطلان الوثيقة مع بقاء الدين قليل فجاز بخلاف البيع فان العادة فيه أن يترك الى أوان الجذاذ فلا يأمن أن يهلك بعاهة فيذهب الثمن ولا يحصل المبيع فيعظم الضرر فلم يجز من غير شرط القطع .

(الشرح) الأحكام : إذا رهنه نخلا وعليها طلع مؤبر لم يرهنه الثمرة صح الرهن فى النخل دون الثمرة لأنه لو باعه نخلا عليها طلع مؤبر . ولم يرهنه الثمرة صح الرهن فى النخل دون الثمرة ، لانه لو باعه نخلا عليها طلع مؤبر ، ولم يشترط دخوله فى البيع لم يدخل ، فكذلك فى الرهن ، وان كان عليها طلع غير مؤبر ،

ولم يشترط دخوله فى الرهن ولا خروجه من الرهن فهل يدخل الطلع فى الرهن المنصوص أنه لايدخل . قال الربيع وفيه قول آخر أنه يدخل كالبيع ، فمن أصحابنا من قال : فيه قولان .

(أحدهما) يدخل فى الرهن كما قلنا فى البيع (والثانى) لايدخل وهو الصحيح كما لا تدخل الثمرة الحادثة بعد الرهن ، ومنهم من قال . لا يدخل قولا واحداً وهو اختيار أبى حامد لما ذكرناه .

وقال أبو حنيفة : تدخل الثمرة فى الرهن بكل حال بخلاف قوله فى البيع ، وهذا ليس بصحيح ، لان البيع أقوى من الرهن ، فاذا لم تدخل الثمرة فى البيع ، فلأن لاتدخل فى الرهن أولى .

وان قال . رهنتك النخل والثمرة صح ، سواء كان قبل التأبير أو بعده كما قلنا فى البيع ، ثم ينظر فيه ، فاذا رهن ذلك بحق حال أو بمؤجل يحل قبل ادراك الثمرة أو مع ادراكها صح ذلك ، لأنه لا يمكن استيفاء الحق منها ، وان كان الحق مؤجلا لا يحل الا بعد ادراك الثمرة نظرت فى الثمرة ، فان كان مما يمكن استصلاحها وتجفيفها كالتمر والزبيب صح ذلك ، ولزم الراهن مؤنة تجفيفها ، وان كانت ثمرة لا يمكن تجفيفها كالتفاح والكمثرى ؛ فمن أصحابنا من قال . فيه قولان كما قلنا فى رهن ما يسرع اليه الفساد ، ومنهم من قال . يصح الرهن قولا واحداً لان الثمرة تابعة للأصول فصح رهنها كما يجوز بيع الثمرة التى يبدو صلاحها مع الاصول ، ولا يجوز بيعها مفردة .

فاذا قلنا . يبطل الرهن فى الثمرة فهل يبطل فى الاصول ، يبنى على القولين فى تفريق الصفقة ، وقد مضى ذكره ، وان رهنه الثمرة مفردة ، فان كان بعد بدو صلاحها فهو بمنزلة رهن الاشياء الرطبة ، وقد مضى ذكره ، وان كان قبل بدو صلاحها سواء كانت قد أبرت أو لم تؤبر — فان كان الدين حالا وشرط القطع صح الرهن ، كما يصح البيع ، وان لم يشرط القطع ففيه قولان ، أحدهما لا يصح الرهن كما لا يصح البيع . والثانى يصح الرهن ، لأن رهنه بالدين الحال يوجب القطع ، وصار كما لو شرط القطع ، وان رهنها بدين مؤجل ، فان كان بشرط القطع فقد قال ابن الصباغ كان بمنزلة رهن البقول والفواكه .

وذهب أصحاب أحمـــد إلى صحة الرهن فى الثمرة دون الأصول قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع . وكذلك الزرع الأخضر وهو اختيار القاضى منهم وذكره ابن قدامة .

قال أصحابنا : أطلق جواب ذلك . وإن رهنها مطلقاً ففيه ثلاثة أقوال .

(أحدها) لا يصح الرهن كما لا يصح البيع (والثانى) يصح ، لأن البيع إنما لم يصح لما فيه من الغرر ، وليس فى الرهن غرر ، لأنه يتلف إن تلف مال صاحبه (والثالث) نقله المزنى إن شرط القطع عند حلول الأجل صح . وإن أطلق لم يصح . إذ أن الإطلاق يوجب بقاءه إلى حال الجذاذ . وذلك تأخير للدين عن محله . هذا ترتيب ابن الصباغ كما حكاه العمرانى فى البيان .

وأما الشيخ أبو حامد فذكر أنها على القولين الأولين شرط القطع أو لم يشرط

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن كان له أصول تحمل فى السنة مرة بعد أخرى كالتين والقثاء فرهن الحمل الظاهر ، فان كان بدين يستحق فيه بيع الرهن قبل أن يحدث الحمل الثانى ويختلط به جاز لأنه يأمن الغرر بالاختلاط ، وإن كان بدين لا يستحق البيع فيه إلا بعد حـــدوث الحمل الثانى واختلاطه به نظرت فإن شرط أنه إذا خيف الاختلاط قطعه جاز لأنه منع الغرر بشرط القطع . وإن لم يشترط القطع ففيه قولان (أحدهما) أن العقد باطل لأنه يختلط بالمرهون غيره فلا يمكن إمضاء العقد على مقتضاه (والثانى) أنه صحيح لأنه يمكن الفصـل عند الاختلاط بأن يسمح الراهن بترك ثمرته للمرتهن أو ينظر كم كان المرهون فيحلف عليه ويأخذ ما زاد فاذا أمكن إمضاء العقد لم يحكم ببطلانه

(الشرح) اذا رهن ثمرة شجر يحمل فى السنة حملين لا يتميز أحدهما من الآخر فرهن الثمرة الاولى إلى محل تحدث الثانية على وجه لا يتميز فالرهـــن باطل .

ومثال ذلك النباتات الزاحفة ، وهى التى يمتد شجرها على الارض كالباذنجـان والقثاء والخيار والدباء والبطيخ ، وإذا كانت شجرة تحمل فى السنة

حملين فرهن الشجرة والحمل الاول أو رهن الحمل الاول منفرداً نظرت ، فإن كان بحق حال أو بمؤجل يحل قبل حدوث الثمرة الثانية صح الرهن ، وكذلك ان رهنه بحق مؤجل لا يحل إلا بعد حدوث الثانية إلا أنهما اشترطا أنه اذا خيف اختلاط الثانية بالأولى قطعت الاولى ، أو كانت الثانية اذا اختلطت بالاولى تميزت عنها ، فان الرهن صحيح ، لأن الرهن لا يختلط بغيره ، وان رهنه بحق مؤجل لا يحل الا بعد حدوث الثانية ولا يتميز احداهما عن الاخرى فذكر أبو حامد وابن الصباغ أن الرهن لا يصح ، لأنه لا يمكن استيفاء الحق من الرهن لأنه يختلط بغيره فيصير مجهولا . وذكر المصنف أنها على قولين « أحدهما » لا يصح الرهن لما ذكرناه « والثانى » يصح لأنه يمكن الفصل عند الاختلاط بأن يسمح الراهن بترك الثمرة للمرتهن ، أو ينظر كم كان المرهون فيحلف عليه ، فلم يحكم ببطلان الرهن ، قال الشيخ أبو حامد : فاذا رهنه لحق حال فتوانى فى قطع الثمرة الأولى حتى حدثت الثانية ، واختلطت ولم تتميز ففيه قولان

« أحدهما » يبطل الرهن ، لأن الرهن قد صار مجهولا ، لاختلاطه بما ليس برهن « والثانى » لا يبطل لأنه كان معلوماً عند العقد ، وعند حلول الحق فلا يبطل بالجهالة الحادثة ، فاذا قلنا يبطل فلا كلام ، وإذا قلنا لا يبطل ، قلنا للراهن أتسمح بترك الثمرة الثانيه لتكون رهنا . فان سمح فلا كلام ، وان لم يسمح ، فان اتفقوا على قدر الأولى فلا كلام ، وان اختلفا فى قدر الأولى فالقول قول الراهن مع يمينه فى قدر الاولى ، وسواء كانت الثمرة فى يده أو فى يد المرتهن اه

وقال المزنى : إن كانت الثمرة فى يد المرتهن فالقول قوله مع يمينه . قال العمرانى : وهذا غلط لأنهما اتفقا على أن الحادثة ملك الراهن . وانما يختلفان فى قدر المرهون منهما ، فكان القول قول الراهن مع يمينه لانه مدعى عليه .

(فرع) واذا رهنه ثمرة قال الشافعى رحمه الله تعالى : على الراهن سقيها وصلاحها وجذاذها وتشميسها ، كما يكون عليه نفقة العبد . وقال فى موضع آخر ليس عليه تشميسها .

قال أصحابنا : ليس التشميس على قولين ، وإنما هو على اختلاف حالين ، فالموضع الذى قال عليه التشميس اذا بلغت الثمرة أوان الجذاذ قبل حلول الحق،

والذى قال ليس عليه التشميس إذا كان الحق قد حل مع تكامل صلاح الثمرة لأنها تباع فى الحق ، وليس لأحدهما أن يطالب بقطعها قبل أوان قطعها إلا برضى الآخر ، لأن على كل واحد منهما ضرراً بقطعها قبل وقت قطعها فلم يجز ذلك من غير رضاهما .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويجوز أن يرهن الجارية دون ولدها لأن الرهن لا يزيل الملك فلا يؤدى الى التفريق بينهما ، فان حل الدين ولم يقضه بيعت الأم والولد ويقسم الثمن عليهما فما قابل الأم تعلق به حق المرتهن فى قضاء دينه وما قابل الولد يكون للراهن لا يتعلق به حق المرتهن .

(الشرح) الأحكام : اذا رهن الجارية ولها ولد صغير من زوج ، أو زنا ولم يرهن الولد معها صح الرهن ، لأن الرهن لا يزيل الملك فلا يكون فيه تفرقة بينهما فاذا حل الحق فان قضى الراهن الدين من غير الرهن انفسخ الرهن ، وان لم يقضه وكان الولد صغيراً يومئذ بيعت الجارية والولد ، لأنه لا يجوز التفرقة بينهما ، ويقسم الثمن على قدر قيمتها ، فما قابل الام تعلق به حق المرتهن ، وما قابل الولد تعلق به حق الراهن .

قال الشيخ أبو حامد : وكيف ذلك أن يقال : كم قيمة هذه الجارية ولها ولد دون ولدها ؟ لانها اذا كانت ذات ولد كانت قيمتها أنقص ، فان قيل قيمتها مثلا مائة ، قيل فكم قيمة ولدها ؟ فان قيل خمسون ، تعلق حق المرتهن بثلثى ثمنهما ، وللراهن ثلث ثمنهما . وهذا اذا علم المرتهن بولد حال الرهن أو بعد ورضى به . وإن لم يعلم ثم علم ثبت له الخيار فى فسخ البيع المشروط به الرهن .

وأما إذا رهنه جارية حايلا ثم حملت فى يد المرتهن من زوج أو زنا ، فان الولد خارج من الرهن ، فاذا أراد البيع بيعت الجاريه وولدها الصغير ، ويكون للمرتهن حصتها من الثمن ، وللراهن حصة الولد ؛ وكيفية التقسيط أن يقال : كم قيمة هذه الجارية خالية من الولد ثم يقسم الولد ويقسم الثمن على قدر قيمتها .

والفرق بينهما أن المرتهن رضى فى الأولة بكون الجارية التى لها ولد صغير رهنا وهاهنا لم يرض بكونها لها ولد صغير رهنا . وهـذا كما قال الشـافعى رحمه الله : إذا رهن أرضا فحدث فيها نخل وشجر ، إذا بيعت الأرض والشجر برضاهما فإن الأرض تقوّم بيضاء لا شجر فيها . اهـ قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصـل) وفى جواز رهن المصحف وكتب الأحاديث والعبد المسلم عند الكافر طريقان . قال أبو إسحاق والقاضى أبو حامد فيه قولان كالبيع ، أحـدهما ، يبطل ، والثانى ، يصح ويجبر على تركه فى يد مسـلم . وقال أبو على الطبرى فى الإفصاح يصح الرهن قولا واحداً ويجبر على تركه فى يد مسلم ؛ ويفارق البيـع بأن البيع ينتقل الملك فيه إلى الكافر ، وفى الرهن المرهون باق على ملك المسلم .

(الشرح) الأحكام : أما المصحف فقد روى عن أحمد روايتـان ، الأولى ، لا أرخص فى رهن المصحف ، والثانية ، اذا رهن مصحفاً لا يقرأ فيه إلا بإذنه ، ومن هنا كان لمذهبه قولان . أما أصحابنا فقد جعلوا فى رهن المصحف وكتب الفقه والحديث والعبد المسلم من الكافر طريقين . قال أبو إسحاق والقاضى أبو حامد فيه قولان ، أحدهما ، لا يصح ، والثانى ، يصح ويوضع ذلك على يد مسلم ـ كقولهم فى البيع ـ وقال أبو على فى الإفصاح : يصح الرهن قولا واحداً ويوضع على يد مسلم ، لأن الكافر لا يملك الرهن بخلاف البيع . قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) فإن شرط فى الرهن شرطا ينافى مقتضاه مثل أن يقول : رهنتك على أن لا أسـلمه أو على أن لا يباع فى الدين أو على أن منفعته لك ، أو على أن ولده لك ، فالشرط باطل لقوله صلى الله عليه وسلم ، كل شرط ليس فى كتاب الله تعالى فهو باطل ، ولو كان مائة شرط ، وهل يبطل الرهن ؟ ينظر فيه ، فان كان الشرط نقصانا فى حق المرتهن كالشرطين الأولين ، فالعقد باطل لأنه يمنع المقصود فأبطله ، وإن كان زيادة فى حق المرتهن كالشـرطين الآخرين ففيه قولان : أحدهما يبطل الرهن وهو الصحيح ، لأنه شرط فاسد قارن العقد فأبطله ، كما لو شرط نقصاناً فى حق المرتهن ، والثانى أنه لا يبطل لأنه شرط جميع أحكامه وزاد فبطلت الزيادة وبقى العقد بأحكامه ، فاذا قلنا ان الرهن يبطل ؛ فان كان الرهن مشروطا فى بيع فهل يبطل البيع ؟ فيه قولان :

أحدهما : أنه لا يبطل لأنه يجوز شرطه بعد البيع ، وما جاز شرطه بعد تمام العقد لم يبطل العقد بفساده كالصداق فى النكاح .

والثانى : أنه يبطل وهو الصحيح ، لأن الرهن يترك لأجله جزء من الثمن ، فإذا بطل الرهن وجب أن يضم إلى الثمن الجزء الذى ترك لاجله ، وذلك مجهول والمجهول إذا أضيف إلى معلوم صار الجميع مجهولا ، فيصير الثمن مجهولا . والجهل بالثمن يفسد البيع .

(الشرح) الحديث رواه البزار والطبرانى عن ابن عباس رضى الله عنهما بلفظ « كل شرط ليس فى كتاب الله تعالى فهو باطل وإن كان مائة شرط » .

أما الاحكام فإنه إذا اشترط المتراهنان شرطاً نظرت ، فإن كان يقتضيه كأن شرطا أن يباع المرهون فى الدين عند حلول الدين أو أن يباع بثمن المثل أو على أن منفعته للراهن صح الشرط والرهن ، لأن العقد يقتضى ذلك ، فكان هـذا الشرط تأكيداً ، وإن كان شرطاً لا يقتضيه العقد — فلا يخلو — إما أن يكون نقصاناً فى حق المرتهن أو زيادة فى حقه ، فإن كان نقصانا فى حقه مثل أن رهنه رهنا على أن لا يباع فى الدين ، أو على أن لا يباع إلا بأكثر من ثمن مثله ، أو على أن لا يباع إلا بما يرضى به الراهن فالشرط باطل ، لانه ينافى مقتضى العقد ، ويبطل الرهن ، لانه يمنع مقصود الرهن ، وإن كان الرهن زيادة فى حق المرتهن كأن يرهنه شيئا بشرط أن يباع قبل محل الحق ، أو على أن يباع بأى ثمن كان ، وان كان أقل من ثمن المثل ، فالشرط باطل لانه ينافى مقتضى الرهن .

وهل يبطل الرهن ؟ فيه قولان . أحدهما : يبطل الرهن ، وهو اختيار الشيخ المصنف لانه شرط فاسد قارن عقد الرهن فأبطله كما لو كان نقصانا فى حق المرتهن والثانى : لا يبطل ، لأن المقصود من الرهن الوثيقة ، وهذه الشروط لا تقدح فى الوثيقة ، لأنها زيادة فى حق المرتهن بخلاف الشروط التى تقتضى نقصانا فى حق المرتهن ، ، فاذا قلنا : الرهن غـــير مشروط فى بيع بقى الدين بغير شرط ، وان شرط ذلك فى البيع ، بأن قال بعتك سيارتى هذه بألف على أن ترهنى دارك هذه بألف على أن لا تباع فى الدين ، فهل يبطل البيع ؟ فيه قولان .

(أحدهما) لا : لأن البيع ينعقد منفرداً عن الرهن فلم يبطل البيع ببطلان الرهن ، كالصداق فى النكاح لانه قد يتزوجها من غير صداق ثم يفرض لها صداقا بعد ذلك ثم لا يفسد النكاح لفساد الصداق . وان قارنه فكذلك الرهن مع البيع (والثانى) يبطل البيع وبه قال أبو حنيفة لانه شرط فاسد قارن عقد البيع فأفسده كما لو باعه شيئا بشرط أن لا يسلمه .

(فرع) إذا قال لغيره بعنى سيارتك هذه بألف على أن أرهنك دارى هذه ، ويكون منفعة الدار لك . فإن كانت منفعة الدار مجهولة المدى كان الرهن والبيع باطلين قولا واحداً . لانه باع السيارة بألف وبمنفعة مدة غير معلومة والبيع بثمن مجهول باطل لان منفعة الدار جزء من الثمن وإن كانت منفعة الدار معلومة فقد قال القاضى أبو الطيب فى مثل هذه الصورة : هذه صفقة بيعا وإجارة فهل يصحان ؟ فيه قولان .

وقال أبو حامد : شرط منفعة المرهون للمرتهن باطل لانه ينافى مقتضاه وهل يبطل به الرهن ؟ فيه قولان لانه زيادة فى حق المرتهن ، فاذا قلنا : إنه باطل فهل يبطل البيع ؟ فيه قولان . فاذا قلنا : ان الرهن صحيح ، أو قلنا انه باطل ولا يبطل البيع ثبت للبائع الخيار فى البيع ، لانه لم يسلم له فأشرط . وهذا ظاهر كلام الشافعى رحمه الله تعالى .

وان قال لغيره : بعنى سيارتك بألف على أن يكون دارى رهنا به ومنفعتها رهنا أيضا به ، فإن المنفعة لا تكون رهنا ، لانها مجهولة ، ولانه لا يمكن اقباضها فاذا بطل رهن المنفعة فهل يبطل الرهن فى أصل الدار ؟ فيه قولان بناء على القولين فى تفريق الصفقة . فاذا قلنا : ان الرهن لا يفسد فى أصل الدار لم يفسد البيع ، ولكن ثبت للبائع الخيار ، لانه لم يسلم له جميع الرهن . وان قلنا : يفسد فى أصل الدار فهل يبطل البيع ؟ فيه قولان .

(فرع) وان كان لشخص على آخر ألف بغير رهن فقال من عليه الألف بعنى سيارتك هذه بألف على أن أعطيك دارى رهنا بها وبالالف الذى لك على بغير رهن ، فقال : بعتك كان البيع باطلا . لأن ثمن السيارة مجهول لأنه باعها

بألف ومنفعة ، وهو أن يعطيه رهنا بالألف التى لا رهن بها ، ولانه بيعتان فى بيعة وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك كما سبق فى كتاب البيوع .

(فرع) اذا قال لغيره : أقرضنى ألف جنيه على أن أعطيك سيارتى هذه رهنا وتكون منفعة لك ، فأقرضه فالقرض باطل لأنه قرض جر منفعة ، وهكذا لو كان عليه ألف بغير رهن فقال له أقرضنى ألفا على أن أعطيك سيارتى هذه رهنا بها ، وبالالف التى لا رهن ، فأقرضه فالقرض فاسـد ، لانه قرض جر نفعا ، والرهن باطل فيهما ، لان الرهن انما يصح بالدين ولا دين له فى ذمته .

وان قال : أقرضنى ألفا على أن أرهنك دارى به وتكون منفعته رهنا بها أيضا لم يصح شرط رهن المنفعة ، لأنها مجهولة ، ولأنه لا يمكن اقباضها ، فاذا ثبت أنه لا يصح هذا الشرط ، فانه زيادة فى حق المرتهن ، وهل يبطل به الرهن فيه قولان .

(فرع) لو رهنه شيئا وشرط على المرتهن ضمان الرهن ، فان الرهن غير مضمون عليه على ما يأتى بيانه ، ويكون هذا شرطا فاسداً لانه يخالف مقتضاه ، وهل يفسد الرهن بهذا الشرط ؟ من أصحابنا من قال : يفسد قولا واحداً لان ذلك نقصان فى حق المرتهن . قال أبو على فى الإفصاح : هل يبطل الرهن ؟ فيه قولان ، لان شرط الضمان يجرى مجرى الحقوق الزائدة فى الرهن لانه لم ينقص حق المرتهن . قال ابن الصباغ : والاول أصح .

(فرع) قال ابن الصباغ : اذا أقرضه ألفا برهن وشرط أن يكون نماء الرهن داخلا فيه فالشرط باطل فى أشهر القولين . وهل يفسد الرهن ؟ فيه قولان ، لأنه زيادة فى حق المرتهن . وأما القرض فصحيح ، لأنه لم يجر منفعة ، وانما الشرط زيادة فى حق الاستيثاق ، ولم يثبت .

(فرع) اذا كان له دين مستقر فى ذمته متطوع بالرهن به فقال : رهنتك هذه النخلة على أن ما تثمر يكون داخلا فى الرهن ، أو هذه الماشية على أن ما ينتج داخل فى الرهن ؛ فهل يصح الرهن فى الثمرة والنتاج ؟ فيه قولان .

(أحدهما) يصح الرهن فيهما ، لأنهما متولدان من الرهن ، فجاز أن يكونا رهنا معا (والثانى) لا يصح الرهن فيهما . وهو الصحيح لأنه رهن معدوم ومجهول . فعلى هذا فهل يبطل الرهن فى النخلة والماشية فيه قولان بناء على القولين فى تفريق الصفقه .

وان قال : بعتك سيارتى هذه بألف على أن ترهننى نخلتك هذه على أن ماتثمر داخل فى الرهن . فان قلنا : يصح الرهن فى الثمرة صح البيع . وان قلنا لا يصح الرهن فى الثمرة . فان قلنا : لا يبطل الرهن فى النخلة لم يبطل البيع فى السيارة . ولكن يثبت لبائعها الخيار ، لأنه لم يسلم جميع الرهن المشروط . وان قلنا يبطل الرهن فى النخله فهل يبطل البيع فى السيارة . فيه قولان . فان قلنا لا يبطل ثبت للبائع الخيار . لانه لم يسلم له جميع الرهن المشروط. فيحصل فى هذه المسألة أربعة أقوال (أحدها) يصح الرهن فى الكل ويصح البيع (والثانى) يبطل الرهن والبيع صحيح . وللبائع الخيار والله أعلم .

(فرع) اذا اشترى سلعة بشرط أن يجعلها رهنا بالثمن فالرهن باطل لأنه رهن مالا يملك والبيع باطل . لانه رهن مالا يملك والبيع باطل . لانه فى معنى من باع عينا واستثنى منفعتها . فكان باطلا . ولان هذا شرط يمنع كمال تصرف المشترى . لان من اشترى شيئا فله أن يبيعه ويهبه . والرهن يمنع ذلك فأبطل البيع . وسواء شرطا أن يسلمها البائع الى المشترى ثم يرهنها منه أو لم يشرط تسليمها اليه فالحكم واحد لما ذكرناه . وان كان لرجل على آخر دين الى أجل فقال من عليه الدين : رهنتك دراجتى هذه بدينك لتزيدنى فى الأجل لم يثبت الاجل المزيد لان التأجيل لا يلحق بالدين . والرهن باطل . لانه جعله فى مقابلة الاجل . واذا لم يسلم له الاجل لم يصح الرهن . والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ويجوز أن يجعل الرهن فى يد المرتهن . ويجوز أن يجعل فى يد عدل لان الحق لهما فجاز ما اتفقا عليه من ذلك . فان كان المرهون أمة لم توضع الا عند امرأة أو عند محرم لها . أو عند من له زوجة لقوله صلى الله عليه وسلم

« لايخلون أحدكم بإمرأة ليست له بمحرم ، فان ثالثهما الشيطان » فان جعل الرهن على يد عدل ثم أراد أحدهما أن ينقله إلى غيره لم يكن له ذلك ، لأنه حصل عند العدل برضاهما ، فلا يجوز لاحدهما أن ينفرد بنقله ، فان اتفقا على النقل الى غيره جاز لان الحق لهما ، وقد رضيا فان مات العدل أو اختل فاختلف الراهن والمرتهن فيمن يكون عنده أو مات المرتهن أو اختل والرهن عنده فاختلف الراهن . ومن ينظر فى مال المرتهن فيمن يكون الرهن عنده رفع الأمر الى الحاكم فيجعله عند عدل ، فان جعلا الرهن على يد عدلين . فأراد أحد العدلين أن يجعل الجميع فى يد الآخر ففيه وجهان .

أحدهما : لايجوز لان ما جعل إلى اثنين لم يجز أن ينفرد به أحدهما كالوصية والثانى : يجوز لأن فى اجتماع الاثنين على حفظه مشقة . فعلى هذا ان اتفقا على أن يكون فى يد أحدهما جاز . وان تشاحا نظرت . فان كان مما لا ينقسم جعل فى حرز لهما . وان كان مما ينقسم جاز أن يقتسما فيكون عند كل واحد منهما نصفه فان اقتسما ثم سلم أحدهما حصته الى الآخر ففيه وجهان (أحدهما) يجوز لانه لو سلم اليه قبل القسمة جاز . فكذلك بعد القسمة . والثانى لا يجوز لانهما لما اقتسما صار كل واحد منهما منفرداً بحصته فلا يجوز أن يسلم ذلك الى غيره كما لو جعل فى يد كل واحد منهما نصفه والله أعلم .

(الشرح) الحديث مر فى كتاب الصلاة وقبله فى كتاب الحيض . وفى كتاب الحج بجميع طرقه ورواياته وأصحهن رواية الصحيحين عن ابن عباس رضى الله عنهما عن النبى صلى الله عليه وسلم « لا يخلون رجل بامرأة الا مع ذى محرم »

أما الاحكام : فانهما اذا شرطا فى البيع رهن عبد معلوم أو موصوف نظرت فان شرطا أن يكون الرهن على يد عدل جاز وان شرطا أن يكون على يد المرتهن صح . لان الحق لهما فجاز ما اتفقا عليه من ذلك . وان أطلقا ذلك ففيه وجهان حكاهما الشيخ أبو حامد . أحدهما أن الرهن باطل لان كون الرهن فى يد أحدهما ليس بأولى من الآخر فاذا لم يذكر ذلك بطل الرهن . والثانى : يصح الرهن ويدفع الى الحاكم ليجعله على يد عدل ان اختلفا فيمن يكون عنده .

وإن كان الرهن جارية ولم يشرطا كونها عند أحد قال الشيخ أبو حامد: صح الرهن وجها واحدا ، وجعل على يد امرأة ثقة ، لأنه ليس لها جهة يوضع فيها غير هذا بخلاف غير الجارية ؛ فان شرطا أن تكون هذه الجارية عند المرتهن أو عند عدل نظرت ، فان كان محرما لها جاز ذلك .

قال القاضي أبو الطيب : وكذلك ان كانت صغيرة ولا يشتهى مثلها جاز تسليمها الى المرتهن أو العدل لأنه لا يخشى عليها منه ، وإن كانت كبيرة فاشترطا وضعها على يد المرتهن والعدل وليس بذي محرم لها : فان كانت له زوجة أو جارية قال الشيخ أبو حامد : وفي داره نساء تكون هذه المرهونة معهن جاز تركها معه لأنه لا يخشى عليها أن يخلو بها .

فان لم يكن له زوجة ولا جارية لم يجز وضعها على يده للحديث ، فاذا شرطا ذلك بطل الشرط ولم يبطل الرهن ، ولأن هذا الشرط لا يؤثر في الرهن ويسرى هذا على الخنثى المشكل على تفصيل بين أن يكون كبيرا أو صغيرا لاحاجة بنا للإطالة فى هذا لعدم الحاجة

إذا اتفق المتراهنان على وضع الرهن على يد عدل ثم أقر أن العدل قد قبض الرهن وأنكر العدل ذلك لزم الرهن لأن الحق لهما دون العدل ، فان رجع أحدهما وصدق العدل أنه لم يقبض لم يقبل رجوعه لان إقراره السابق يكذبه . وان أقر الراهن والعدل بالقبض وأنكر المرتهن فالقول قول المرتهن ، لان الاصل عدم القبض ، ولا يقبل قول العدل عليه لانه يشهد على فعل نفسه

وان قبض العدل الرهن باذن المرتهن صح ، وبه قال أبو حنيفة ، وقال ابن أبي ليلى : لا يصح توكيل العدل فى القبض ، دليلنا أن من اشترى شيئا صح أن يوكل فى قبضه فكذلك فى الرهن

واذا حصل الرهن عند العدل باتفاق المتراهنين فان نقلاه الى عدل غيره جاز وان أراد أحدهما أن ينقله إلى غيره لم يجز من غير رضا الآخر ، لانه حصل فى يده برضاهما فلا يخرج عن يده إلا برضاهما، فان دعا أحدهما إلى نقله وامتنع الآخر رفع الامر الى الحاكم ، فان كان العدل ثقة لم ينقل عنه ، وان تغير عن الامانة أو حدثت بينه وبين أحدهما عداوة جاز للحاكم نقله الى غيره

وإذا كان الرهن عند المرتهن فمات أوأحيل بجناية أو فلس أو حجر عليه نقل الرهن من يده إلى غيره .

ولا يجوز للعبد حفظه ولا بيعه سواء بأجر أم بغير أجر عندنا وعند أصحاب أحمد

وإذا أراد العدل رد الرهن على المتراهنين فان كانا حاضرين رده عليهما ، ويجب عليهما قبوله : لأنه أمين متطوع فلا يلزمه المقام على ذلك ، فان امتنعا من أخذه رفع الامر فى ذلك الى الحاكم ليجبرهما على تسليمه ، فان رده العدل على الحاكم قبل أن يرده عليهما ضمن العدل وضمن الحاكم ، لأنه لا ولاية للحاكم على غير ممتنع . وكذلك ان أودعه العدل عند ثقة ، قال ابن الصباغ جاز ، فان امتنع أحدهما فرفعه الى الآخر ضمن ، وإن كانا غائبين ، فان كان للعدل عذر . مثل ان يريد سفراً أو به مرض يخاف منه أو قد عجز عن حفظه دفعه الى الحاكم وقبضه الحاكم أو نصب عدلا ليكون عنده ، وإن لم يكن هناك حاكم جاز أن يرفعه الى ثقة ومع وجود الحاكم فيه وجهان يذكران فى الوديعة إن شاء الله ، وإن لم يكن له عذر فى الرد ، فان كانت غيبتهما إلى مسافة يقصر فيها الصلاة وقبض الحاكم منه أو نصب عدلا ليقبضه ، لأن للحاكم أن يقضى عليهما فيما لزمهما من الحقوق ؛ فان لم يكن حاكم أودعه عند ثقة ، وإن كانت غيبتهما الى مسافة لا يقصر فيها الصلاة ، فهو كما لو كانا حاضرين ، فان كان أحدهما حاضراً والآخر غائبا لم يجز تسليمه الى الحاضر ، وكان كما لو كانا غائبين ، فان رد على أحدهما فى موضع لا يجوز له الرد اليه . قال الشيخ أبو حامد : ضمن الآخر قيمته

وذكر المسعودى أنه ان رد على الراهن ضمن المرتهن الاقل من قيمة الرهن وقدر الدين الذى رهن به ، وان رده على المرتهن ضمن الراهن قيمته قال العمرانى : وهذا التفصيل حسن

قال ابن الصباغ : إذا غصب المرتهن الرهن من العدل وجب عليه رده اليه ، فاذا رده اليه زال الضمان عنه . ولو كان الرهن فى يد المرتهن فتعدى فيه ثم زال التعدى لم يزل عنه الضمان ، لأن الاستئمان قد بطل . قال العمرانى فى البيان :

اذا تركا الرهن فى يد عدلين فهل لأحدهما أن يفوض حفظ جميعه الى الآخر فيه وجهان (أحدهما) ليس له ذلك ، لأن المتراهنين لم يرضيا الا بأمانتهما جميعا

فهو كما لو أوصى الى رجلين فليس لأحدهما أن ينفرد بالتصرف ، فعلى هذا عليهما أن يحفظا الرهن فى حرز يدهما عليه ، اما بملك أو عارية أو اجارة ، وان سلم أحدهما جميعه الى الآخر ضمن نصفه

(والثانى) يجوز لأن عليهما مشقة فى الاجتماع على حفظه ، فان كان مما لا ينقسم جاز لأحدهما أن يسلمه الى الاخر ، وان كان مما ينقسم فاقتسما فهل لأحدهما أن يسلم الى الاخر ماحصل بيده بعد القسم؟ فيه وجهان ، احدهما يجوز لأنه لو سلم اليه ذلك قبل القسمة صح ، فكذلك بعد القسمة ، والثانى لايجوز لأنهما لما اقتسما صار كما لو قسمه المتراهنان بينهما . اه

(قلت) وقال أبو يوسف ومحمد : اذا رضى أحدهما بامساك الاخر - فيما يمكن قسمته جاز . وقال أبو حنيفة : ان كان مما ينقسم اقتسماه والا فلكل واحد منهما امساك جميعه ، لأن اجتماعهما على حفظه يشق عليهما .

وقال أصحاب أحمد : ان المتراهنين اذا لم يرضيا الا بحفظهما لم يجز لأحدهما الانفراد بذلك كالوصيين لا ينفرد أحدهما بالتصرف . وقالوا فى المشقة انه يمكن لكل واحد منهما أن يضع قفله على المخزن فلا يشق عليهما ذلك ؛ فكان كالقول عندنا .

أما مذهبنا فدليله أن المالك لم يرض الا بأمانتهما فلم يكن لاحدهما أن ينفرد بحفظه جميعه كالوصية .

واذا وضعا الرهن على يد عدل ووكلاه فى بيعه عند حلول الدين صح التوكيل ولا يكون هذا تعليقاً للوكالة على شرط ، وانما هو تعليق التصرف . قال ابن الصباغ : واذا حل الحق لم يجز للعدل أن يبيعه حتى يستأذن المرتهن ، لان البيع لحقه فاذا لم يطالب به لم يجز بيعه ؛ فاذا أذن المرتهن ذلك فهل يحتاج الى استئذان الراهن ليجدد له الاذن ؟ فيه وجهان

قال أبو على بن أبى هريرة : لا بد من استئذانه كما يفتقر الى تجديد اذن المرتهن ؛ ولانه قد يكون له غرض فى أن يقضى الحق من غيره . وقال المصنف لايفتقر الى استئذانه لأن الإذن الاول كاف ويفارق المرتهن لأن البيع يفتقر الى مطالبة بالحق . وأما غرض الراهن فلا اعتبار به لانه ما لم يغير الإذن الاول فهو

راض به . وإن عزل الراهن العدل انعزل ولم يجز له البيع وبه قال أحمد رحمه الله وقال مالك وأبو حنيفة لا ينعزل . دليلنا أن الوكالة عقد جائز فانعزل بعزله كسائر الوكالات ، وإن عزله المرتهن ففيه وجهان ، من أصحابنا من قال : ينعزل لأن الشافعى رحمه الله قال : ولكل واحد منهما منعه من البيع ، ولأنه أحد المتراهنين فملك عزل العدل كالراهن .

وقال أبو إسحاق : لا ينعزل لأنه وكيل الراهن فلا ينعزل بعزل غيره ، وتأول كلام الشافعى رحمه الله أنه أراد أن لكل واحد منهما منعه من البيع ، لأن للمرتهن أن يمنعه من البيع ، لأن البيع إنما يستحق بمطالبته ، فاذا لم يطالب به ومنع منه لم يجز ، فأما أن يكون فسخاً فلا .

قال الشيخ أبو حامد فى تعليقته . إذا كان الرهن مشرطا أن يكون فى يد عدل ووكل العدل فى بيعه ولم يقبضه فلا يجوز للعدل أن يبيعه فى محل الحق لأنه وكله فى بيعه رهناً وهذا رهن لم يلزم لأنه لم يقبضه : اللهم إلا أن يقبضه الآن فيكون له بيعه . وذكر الطبرى فى العدة أنه ان وكله فى بيعه رهنا لم يكن له بيعه لأنه لا يصير رهنا إلا بالقبض ، فإن كان له الإذن فى بيعه مطلقاً كان له أن يبيعه ، لأن للوكيل بيع الشىء وهو فى يد الموكل .

ويجوز أن يتراهن المسلمان على يد ذمى أو ذميان على يد مسلم أو المسلم والذمى على يد مسلم أو ذمى جاز ، أما إذا اقترض مسلم من ذمى ورهنه خمراً ووضعها على يد ذمى ووكلاه فى بيعه لم يصح ، لأنه بيع خمر على مسلم . وكذلك الذميان إذا تراهنا ووضعا الخمر على يد مسلم ووكلاه فى البيع فباعه لم يصح لأنه بيع خمر من مسلم ، وإن اقترض ذمى من مسلم ورهنه خمراً وجعلاه على يد ذمى ووكلاه فى بيعه فباعه فهل يجبر المسلم على قبض حقه منه ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) لا يجبر ، لأنه ثمن خمر وثمن الخمر محرم على المسلم (والثانى) يجبر ، فيقال له . إما أن تأخذه ، وإما أن تبرئه من قدره من الدين ، لأن أهل الذمة إذا تقابضوا فى ثمن الخمر وما أشبهه من العقود الفاسدة أقروا عليها وصار ذلك مالا من أموالهم .

(فرع) إذا وكل العدل فى بيع الرهن وكان الثمن فى يده كان ضمانه على الراهن إلى أن يصل ليد المرتهن ، وبه قال أحمد . وقال مالك وأبو حنيفة هو من ضمان المرتهن ، دليلنا أن العدل وكيل الراهن فى البيع ، والثمن ملك الراهن وكان من ضمانه كالوكيل فى غير الرهن . فإن تلف الثمن فى يده وخرج المبيع مستحقا ، فعلى من يرجع المشترى ننظر فى العدل ، فان أطلق البيع ولم يذكر أن يبيعه على ذمة الراهن رجع المشترى على العدل ، لأن الظاهر أنه باع مال نفسه فلزمه الضمان بحكم الظاهر ، وإن ذكر عند البيع أنه يبيعه على حساب الراهن أو صدقه المشترى على ذلك ، فان المشترى يرجع بالعهدة على الراهن دون العدل ، فان العقد له ، فان قبض العدل الثمن وسلمه الى المرتهن ثم وجد المشترى بالرهن عيبا ، فان لم يذكر العدل أنه يبيعه للراهن فان المشترى يرجع بالثمن على العدل ويرجع العدل على الراهن ، لانه وكيله ، ولا يسترجع الثمن من المرتهن . لأن الرهن لما بيع حصل ثمنه للراهن وهو مالكه ، وعندما أخذه المرتهن فقد استوفى دينه من ملك الراهن فزال حينئذ ملك الراهن عنه ، فان لم يكن للعدل ولا للراهن مال غير الرهن بيع وقضى حق المشترى من ثمنه وما بقى يكون ديناً للمشترى على العدل وللعدل على الراهن ، وللبحث تتمة فى البيوع فليراجع . والله تعالى أعلم .

اذا شرطا أن يبيع المرتهن الرهن فالشرط باطل ، فإذا حل الحق لم يجز للمرتهن بيع الرهن الا أن يحضر الراهن ، وهل يبطل الرهن بهذا الشرط قولان لأنه زيادة فى حق المرتهن ، وقد مضى ذكر مثل ذلك ، فأما اذا رهنه رهناً صحيحاً وأقبضه اياه فلما حل الحق وكل الراهن المرتهن ببيع الرهن لم تصح الوكالة واذا باع المرتهن كان البيع باطلا ، وبذلك قال أحمد .

وقال مالك وأبو حنيفة : يصح التوكيل والبيع . دليلنا أنه توكيل يجتمع فيه غرضان متضادان ، وذلك أن الراهن يريد التأنى فى البيع للاستقصاء فى الثمن ، والمرتهن يريد الاستعجال فى البيع ليستوفى دينه فلم يجز كما لو كان قد وكله ببيع الشىء من نفسه ، فان كان الراهن حاضراً فهل يصح بيع المرتهن باذن فيه وجهان

(أحدهما) يصح ، وهو ظاهر النص قال فى الأم ، إلا أن يحضر رب الرهن، ولأنه بحضوره سمع تقدير الثمن فانتفت التهمة عن المرتهن فصح بيعه

(والثانى) وهو اختيار الطبرى فى العـدة أنه لا يصح البيع لأنه توكيل فيما يتعلق به حقه فلم يصح ، كما لو كان غائباً ، ويجيب عن قول الشـافعى رحمه الله ، إلا أن يحضر رب الرهن ، بقوله معناه فيبيعه بنفسـه ، ألا ترى أنه قال ، فإن امتنع أمره الحاكم ببيعه ، فإن قيل هلا قلتم يصح البيع وإن كانت الوكالة فاسـدة كما قلتم فى سائر الوكالات الفاسدة ، فالجواب أن الوكالة الفاسدة إنما يصح البيع فيها لأن الفساد غير راجع الى الإذن ، وإنما هو راجع إلى معنى فى العوض . وها هنا الفساد راجع الى الإذن نفسه فهو كما لو وكله أن يبيع من نفسـه فباع . والله أعلم

قال المصنف رحمه الله :

﴿ باب مايدخل فى الرهن ومالا يدخل ؛ وما يملكه الراهن ومالا يملكه ﴾

ما يحـدث من عين الرهن من النمـاء المتميز ، كالشجر والثمر واللبن والولد والصوف والشعر ، لايدخل في الرهن ؛ لما روى سعيد بن المسيب عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسـلم قال : لا يغلق الرهن الرهن من راهنه الذى رهنه ، له غنمه وعليه غرمه ، والنماء من الغنم فوجب أن يكون له .

وعن ابن عمر وأبى هريرة مرفوعاً ، الرهن محلوب ومركوب ، ومعلوم أنه لم يرد أنه محلوب ومركوب للمرتهن ، فدل على أنه أراد به محلوب ومركوب للراهن ولأنه عقـد لا يزيل الملك فلم يسر الى النماء المتميز كالإجارة ، فإن رهن نخلا على أن ما يتميز داخل فى الرهن ، أو ماشية على أن ما تنتج داخل فى الرهن ، فالمنصوص فى الأم أن الشرط باطل

وقال فى الامالى القديمـة : لو قال قائل إن الثمرة والنتاج يكون رهناً كان مذهباً ، ووجهه أنه تابع للأصل فجاز أن يتبعه كأساس الدار ، والمذهب الأول وهـذا مرجوع عنه لأنه رهن مجهول ومعدوم فلم يصح ، بخلاف أساس الدار فإنه موجود ، ولكنه شق رؤيته فعفى عن الجهل به

وأما النماء الموجود فى حال العقد ينظر فيه ، فإن كان شجراً فقد قال فى الرهن لا يدخل فيه ، وقال فى البيع يدخل ، واختلف أصحابنا فيه على ثلاث طرق وقد بيناها فى البيوع ، وان كان ثمراً نظرت ، فإن كان ظاهراً كالطلع المؤبر وما أشبهه من الثمار لم يدخل فى الرهن ، لأنه اذا لم يدخل ذلك فى البيع وهو يزيل الملك ، فلأن لا يدخل فى الرهن وهو لا يزيل الملك أولى ، وإن كان ثمراً غير ظاهر كالطلع الذى لم يؤبر وما أشبهه من الثمار ففيه طريقان ، من أصحابنا من قال فيه قولان

(أحدهما) يدخل فيه قياسا على البيع (والثانى) لا يدخل فيه وهو الصحيح لأنه لما لم يدخل فيه ما يحدث بعد العقد لم يدخل الموجود حال العقد ؛ ومنهم من قال لا يدخل فيه قولا واحداً . ويخالف البيع ، فإن فى البيع ما يحدث بعد العقد ملك للمشترى ، والحادث بعد العقد لا حق للمرتهن فيه ، ولأن البيع يزيل الملك فيدخل فيه النماء ، والرهن لا يزيل الملك فلم يدخل فيه

واختلف أصحابنا فى ورق التوت والآس وأغصان الخلاف ، فمنهم من قال : هو كالورق والاغصان من سائر الاشجار فيدخل فى الرهن . ومنهم من قال انها كالثمار من سائر الاشجار فيكون حكمها حكم الثمار ، وان كان النماء صوفاً أو لبناً فالمنصوص أنه لا يدخل فى العقد . وقال الربيع فى الصوف قول آخر أنه يدخل ، فن أصحابنا من قال فيه قولان ، ومنهم من قال لا يدخل قولا واحداً ، وما قاله الربيع من تخريجه .

(الشرح) الحديث عزاه المصنف لابن عمر وفيه نظر . أما الحديث فقد رواه الجماعة الا مسلماً والنسائى عن أبى هريرة رضى الله عنه بلفظ أن النبى (ص) كان يقول « الظهر يركب بنفقته اذا كان مرهوناً ، ولبن الدر يشرب بنفقته اذا كان مرهونا ، وعلى الذى يركب ويشرب النفقة » وفى لفظ رواه أحمد « اذا كانت الدابة مرهونة فعلى المرتهن علفها ، ولبن الدر يشرب وعلى الذى يشرب نفقته » وللدارقطنى والحاكم وصححه من طريق الاعمش عن أبى صالح عن أبى هريرة مرفوعا « الرهن مركوب ومحلوب » وقال ابن أبى حاتم ، قال أبى « رفعه » يعنى أبا معاوية مرة ثم ترك الرفع بعد . ورجح البيهقى أيضا الوقف

وقال الشافعى وأبو حنيفة ومالك وجمهور العلماء : هذا الحديث ورد على خلاف القياس من وجهين (أحدهما) التجويز لغير المالك أن يركب ويشرب بغير إذنه (والثانى) تضمينه ذلك بالنفقة لا بالقيمة .

قال ابن عبد البر : هذا الحديث عند جمهور الفقهاء ترده أصول مجمع عليها ، وآثار ثابتة لا يختلف فى صحتها ، ويدل على نسخه حديث ابن عمر عند البخارى وغيره بلفظ « لا تحلب ماشية إمرىء بغير إذنه » قال الشوكانى : ويجاب عن دعوى مخالفة هذا الحديث الصحيح للأصول بأن السنة الصحيحة من جملة الاصول فلا ترد الا بمعارض أرجح منها بعد تعذر الجمع . وعن حديث ابن عمر بأنه عام وحديث الباب خاص فيبنى العام على الخاص ، والنسخ لا يثبت الا بدليل يقضى بتأخر الناسخ على وجه يتعذر معه الجمع لا بمجرد الاحتمال مع الإمكان .

وقال الاوزاعى والليث وأبو ثور : انه يتعين حمل الحديث على ما اذا امتنع الراهن من الانفاق على المرهون ، فيباح حينئذ للمرتهن ، وأجود ما يحتج به للجمهور حديث أبى هريرة الذى رواه الشافعى والدارقطنى وقال : هذا اسناد حسن متصل « لا يغلق الرهن من صاحبه الذى رهنه ، له غنمه وعليه غرمه » وفى أحاديث هذا الباب تفصيل فى كتب الحديث .

أما لغات الفصل فالآس نوع من النبات يقال له الهدس يستخرج منه الطيب ومثله أغصان الخلاف .

أما الاحكام : فإنه اذا رهنه أرضا فيها بناء أو شجر فان شرط دخول ذلك فى الرهن أو قال . رهنتكها بحقوقها دخل البناء والشجر فى الرهن مع الأرض ، وهكذا ان قال . رهنتك هذا البستان أو هذه الدار دخل الشجر والبناء فى الرهن وان قال رهنتك هذه الارض وأطلق فهل يدخل البناء والشجر ، فيه ثلاث طرق ذكرها المصنف فى البيع ، وان باعه شجرة أو رهنها منه صح البيع والرهن فى الشجرة ، وهل يدخل قرارها فى الرهن والبيع . ذكر الشيخ أبو حامد وابن الصباغ أن قرارها لا يدخل فى الرهن وجها واحداً .

وهل يدخل فى البيع فيه وجهان ، وذكر الطبرى فى العدة أن البيع والرهن على وجهين .

(أحدهما) لا يدخل لأن المسمى فى العقد هو الشجرة ، وهذا ليس بشجر . فعلى هذا إذا انقلعت الشجرة لم يكن المشترى أن يغرس مكانها غيرها .

(والثانى) يدخل فيه قرار الشجرة ، لأن قوام الشجرة به ، فهو كعروق الشجرة تحت الأرض ، فعلى هذا إذا انقلعت هــذه الشجرة كان للمشترى أن يغرس مكانها .

وأما نماء الرهن فضربان : موجود حال الرهن ، وحادث بعد الرهن ، فأما الموجود حال الرهن ، فإن كان ثمرة فقد سبق بيانه .

واختلف أصحابنا فى ورق التوت وأغصان الخلاف والآس ، فنهم من قال : هو كالأغصان من سائر الأشجار فيدخل فى الرهن . ومنهم من قال هو كالثمار من سائر الأشجار وقد سبق بيانه .

وإن رهنه ماشية وفيها لبن أو صوف فالمنصـوص أنه لا يدخل فى الرهن ، وقال الربيع فى الصـوف قول آخر أنه يدخل ، فن أصحابنا من قال : فى الصوف قولان ؛ ومنهم من قال لا يدخل قولا واحداً ، وما ذكره الربيع من تخريجه .

وأما النماء الحادث بعد الرهن كالولد والثمرة واللبن وسائر منافعه فاختلف أهل العلم فيه . مذهبنا أنه ملك للراهن وأنه لا يدخل فى الرهن وللراهن أن ينتفع بالرهن ، وقال قوم من أصحاب الحديث: نماء الرهن ومنافعه ملك لمن ينفق عليه فإن كان الراهن هو الذى ينفق عليه فالنماء ملك له . وقال أحمد : الرهن ملك المرتهن فله حلبه وشربه ، وقال أبو حنيفه : الثمرة والولد واللبن الحادث بعد الرهن ملك للراهن إلا أنه يدخل فى الرهن . وقال أيضا : ليس للراهن ولا المرتهن الانتفاع بالرهن بل تترك المنافع تتلف ، وقال مالك : الولد الحادث يكون رهنا كقول أبى حنيفة . وأما الثمرة فلا تكون رهناً كقولنا .

دليلنا على أصحاب الحديث وعلى أحمد ما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا يغلق الرهن الرهن من راهنه له غنمه وعليه غرمه » وقد رواه الشافعى والدارقطنى والحاكم والبيهقى وابن حبان وابن ماجه وصحح أبو داود والبزار والدارقطنى إرساله عن سعيد بن المسيب . فن قال إنه ملك المرتهن فقد خالف نص الحديث .

وروى الشعبي عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من رهن دابة فعليه نفقتها وله ظهرها ونتاجها » ولأن الرهن ملك للراهن فكان نماؤه ملكا له كما لو لم يكن مرهوناً ، وعلى أبي حنيفة ما روى الأعمش عن أبي هريرة مرفوعا « الرهن محلوب ومركوب للراهن » وبالاجماع بيننا وبين أبي حنيفة أنه محلوب ومركوب للمرتهن ، فثبت أنه محلوب ومركوب للراهن

وحديث « الرهن من راهنه له غنمه وعليه غرمه » وغنمه نماؤه ، فمن قال انه رهن فقد خالف الأحاديث ، ولأن الرهن عقد لا يزيل الملك عن الرقبة فلم يسر الى الولد كالإجارة ، ولأن الرهن حق تعلق بالرقبة ليستوفى من ثمنها ، فلم يسر الى الولد كأرش الجناية .

قال المصنف رحمه الله :

﴿ فصل ﴾ ويملك الراهن التصرف فى منافع الرهن على وجه لا ضرر فيه على المرتهن ، كخدمة العبد وسكنى الدار وركوب الدابة وزراعة الأرض ، لقوله صلى الله عليه وسلم « الرهن محلوب ومركوب » ولأنه لم يدخل فى العقد ولا يضر بالمعقود له، فبقى على ملكه وتصرفه كخدمة الامة المزوجة ، ووطء الأمة المستأجرة ، وله أن يستوفى ذلك بالإجارة والاعارة ، وهل له أن يستوفى ذلك بنفسه ؟ قال فى الأم له ذلك . وقال فى الرهن الصغير لا يجوز ، فمن أصحابنا من قال فيه قولان

(أحدهما) لا يجوز لأنه لا يأمن أن يجحد فيبطل حق المرتهن

(والثانى) يجوز وهو الصحيح ، لأن كل منفعة جاز أن يستوفيها بغيره جاز أن يستوفيها بنفسه كمنفعة غير المرهون ، ودليل القول الاول يبطل به إذا أكراه من غيره فإنه لا يؤمن أن يجحد ثم يجوز

ومنهم من قال : إن كان الراهن ثقة جاز ، لأنه يؤمن أن يجحد ، وإن كان غير ثقة لم يجز ، لأنه لا يؤمن أن يجحد ، وحمل القولين على هذين الحالين

(الشرح) الاحكام : إذا ثبت أن منافع الرهن ملك للراهن فله أن يستوفيها على وجه لا ضرر فيه على المرتهن ، فإن كان الرهن دابة فله أن يعيرها من ثقة .

وله أن يؤاجرها من ثقة إلى مدة تنتهي قبل حلول الحق . وهل له أن يستخدمها بنفسه أو يركبها .

قال الشافعي رحمه الله : له ذلك . وقال في موضع آخر : ليس له ذلك ، فمن أصحابنا من قال فيه قولان (أحدهما) لا يجوز ، لأنه لا يؤمن أن يجحده (والثاني) يجوز وهو الصحيح ، لأنه لما جاز أن يستوفيه بغيره جاز أن يستوفيه بنفسه كغير الرهن . ومنهم من قال : إن كان الراهن ثقة جاز أن يستوفيه بنفسه ، وان كان غير ثقة لم يجز أن يستوفي بنفسه ، لأن الثقة يؤمن منه أن يجحد ، وحمل القولين على هذين الحالين والطريق الصحيح الطريق الاول ، ومن هنا له أن يعير الرهن ويؤاجره ويستوفي ذلك بنفسه بحيث لا يخرجه من سلطان المرتهن مثل أن يفعل ذلك في بلده بحيث يمكن رده الى المرتهن أو إلى العدل ، فلا يؤاجر لمسافر ، ولا يسافر هو به ، وعلى الطريقين أيضا في سكناه فيها ، ففي الدابة عليه أن يسلمها للمرتهن ليلا . أما الدار فله أن يسكنها ليلا ونهارا ما دامت في سلطان المرتهن . أما الثوب فليس له أن يلبسه ولا يعيره ولا يؤاجره لأنه مفض الى إتلافه

قال المصنف رحمه الله :

﴿ فصل ﴾ وأما مافيه ضرر بالمرتهن فإنه لا يملك لقوله صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار » فان كان المرهون مما ينقل فأراد أن ينتفع به في السفر ، أو يكريه ممن يسافر به لم يجز ، لأن أمن السفر لا يوثق به فلا يؤمن أن يؤخذ فيه ، فيدخل على المرتهن الضرر ، وإن كان ثوباً لم يملك لبسه لأنه ينقص قيمته وإن كان أمة لم يملك تزويجها ، لأنه ينقص قيمتها ، وهل يجوز وطؤها . ينظر فإن كانت ممن تحبل لم يجز وطؤها ، لأنه لا يؤمن أن تحبل فتنقص قيمتها وتبطل الوثيقة باستيلادها . وان كانت ممن لا تحبل لصغر أو كبر ففيه وجهان ، قال أبو اسحاق يجوز وطؤها لأنا قد أمنا الضرر بالاحبال . وقال أبو علي بن أبي هريرة لا يجوز ، لأن السن الذي لا تحبل فيه لا يتميز عن السن الذي تحبل فيه مع اختلاف الطباع . فمنع من الجميع كما قلنا في شرب الخمر لما لم يتميز ما يسكر مما لا يسكر مع اختلاف الطباع في السكر حرم الجميع ، فاذا منعنا من الوطء منعنا

من الاستخدام لأنه لا يؤمن أن يطأها ، وإذا لم يمنع من الوطء جاز الاستخدام فإن كان أرضا فأراد أن يغرس فيها أو يبنى لم يجز ، لأنه يراد للبقاء وينقص به قيمة الارض عند القضاء ، فإذا خالف وغرس أو بنى — والدين مؤجل — لم يقلع فى الحال لأنه يجوز أن يقضى الدين من غير الارض ، وربما لم تنقص قيمة الارض مع الغراس والبناء عن الدين ، فلا يجوز الاضرار بالراهن فى الحال ، لضرر متوهم بالمرتهن فى ثانى الحال ، فإن حل الدين ولم يقض وعجزت قيمة الأرض مع الغراس والبناء عن قدر الدين قلع ، فإن أراد أن يزرع ما يضر بالارض لم يجز ، وإن لم يضر بالارض نظرت ، فان كان يحصد قبل محل الدين جاز ، وإن كان لا يحصد إلا بعد محل الدين ففيه قولان

(أحدهما) لا يجوز لأنه ينقص قيمة الارض فيستضر به المرتهن

(والثانى) يجوز لأنه ربما قضاه الدين من غير الارض ، وربما وفت قيمة الارض مع الزرع بالدين فلا يمنع منه فى الحال ، وان أراد أن يؤجر الى مدة يحل الدين قبل انقضائها لم يجز له لأنه ينقص قيمة الارض

وقال أبو على الطبرى رحمه الله : فيها قولان كزراعة مالا يحصد قبل محل الدين . وإن كان فحلا وأراد أن ينزيه على الاناث جاز ، لأنه انتفاع لا ضرر فيه على المرتهن فلم يمنع منه كالركوب ، فان كان أنثى أراد أن ينزى عليها الفحل نظرت فان كانت تلد قبل محل الدين جاز ، لأنه لا ضرر على المرتهن ، وإن كان الدين يحل قبل ولادتها وقبل ظهور الحمل بها جاز ، لأنه يمكن بيعها ؛ وإن كان يحل بعد ظهور الحمل ، فان قلنا إن الحمل لا حكم له جاز لأنه يباع معها ، وإن قلنا له حكم لم يجز لانه خارج من الرهن ، فلا يمكن بيعه مع الام ، ولا يمكن بيع الام دونه فلم يجز .

(الشرح) الاحكام : وإن كان الرهن أرضا فأراد الراهن أن يزرع فيها نظرت ، فان كان زرعا يضر بها كزراعة ورد النيل (١) لم يكن له ذلك ، لقوله

(١) ورد النيل نبات تكافحه الجمهورية العربية المتحدة لخطره على الانهار والاراضى وهو نبات يطيف ويتكاثر ويتماسك بسرعة شديدة تؤدى الى طمس معالم الارض والماء وقتل المحاصيل ووقف تيار الماء الجارى

صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار » وان كان لا يضر بالارض نظرت فان كان حصوله قبل حلول الدين لم يمنع منه ، وان كان حصوله بعد حلول الدين فالمنصوص أنه ليس له ذلك .

قال الشيخ أبو حامد : ليس له أن يزرع الارض قولا واحداً .

وإن حدث أن زرع أو بنى فى الارض فليس يجوز قلعها أو هدمها لانه لا يجوز الاضرار به ، لانه قد يقضى الدين فى موعده

وإن حل الدين ولم يقضه من غير الرهن ، نظرت فإن كانت قيمة الارض وحدها تفى بالدين بيعت بغير الغراس والبناء ، فان نقصت قيمتها بالغراس والبناء فالراهن بالخيار بين أن يقلع ويهدم ماعليها وبين أن يبيعها بماعليها ثم يوفى المرتهن حقه . وإن كان الراهن محجوراً عليه وبيعت الارض بما عليها لم يجز للمرتهن أخذ الثمن جميعه بل يأخذ ثمن الارض وللغرماء ثمن الغراس والبناء ، فان كان ثمن الارض والغراس معاً مائتين ، وثمن الارض وحدها مائة وثمن الغراس وحده خمسين بيعت بما عليها للزيادة فى الخمسين فتعلق حق المرتهن بثلثى الخمسين الزائدة وللراهن ثلثها وخمسين للغرماء ومائة للمرتهن

(فرع) إذا أراد الراهن أن يؤاجر الرهن الى مدة لا تنقضى الا بعد محل الدين ، فان قلنا لا يجوز بيع المستأجر لم يكن له ذلك ، لان ذلك يمنع من بيعه ، وان قلنا يجوز بيع المستأجر ففيه طريقان ، قال عامة أصحابنا : لا يكون له ذلك لان ذلك ينقص من قيمته عند البيع . وقال أبو على الطبرى : فيه قولان كالقولين فى زراعة مالا يحصد الا بعد محل الدين

وان كان الرهن فحلا وأراد الراهن أن ينزيه على ماشيته أو ماشية غيره ؛ قال الشافعى رحمه الله جاز ، لان هذا منفعة ولا ينقص به كثيراً ، وان كان أتانا وأراد ينزى عليها الفحل ، فان كانت تلد قبل حلول الدين أو مع حلول الدين جاز له استيفاء منفعة لا ضرر على المرتهن بها . وان كانت لا تلد الا بعد حلول الدين فان قلنا : لا حكم للحمل كان له ذلك لان الحق اذا حل وهى حامل صح له بيعها مع حملها . وان قلنا للحمل حكم لم يكن له ذلك لان الحمل لا يدخل فى الرهن ولا يمكن بيعها دون الحمل . هكذا ذكر الشيخ أبو حامد فى تعليقه من غير تفصيل .

قال المصنف رحمه الله :

﴿ فصل ﴾ ويملك الراهن التصرف فى عين الرهن بما لا ضرر فيه على المرتهن كودج الدابة وتبزيغها . وفصد العبد وحجامته ، لأنه إصلاح مال من غير إضرار بالمرتهن . وإن أراد أن يختن العبد . فان كان كبيراً لم يجز ، لأنه يخاف منه عليه وإن كان صغيراً نظرت ، فان كان فى وقت يندمل الجرح فيه قبل حلول الدين جاز ، وإن كان فى وقت يحل الدين قبل اندمال جرحه لم يجز لأنه ينقص ثمنه وإن كانت به أكلة يخاف من تركها ولا يخاف من قطعها جاز أن يقطع وإن كان يخاف من تركها ويخاف من قطعها لم يجز قطعها ، لأنه جرح يخاف عليه منـه فلم يجز ، كما لو أراد أن يجرحه من غير أكلة . وان كانت ماشية فأراد أن يخرج بها فى طلب الكلأ - فان كان الموضع مخصبا - لم يجز له ذلك ، لأنه يغرر به من غير حاجة ، وان كان الموضع مجدباً جاز له ، لأنه موضع ضرورة ، وإن اختلفا فى موضع النجعة فاختار الراهن جهة واختار المرتهن أخرى ، قـــدم اختيار الراهن ، لأنه يملك العين والمنفعة وليس للمرتهن إلا حق الوثيقة ، فكان تقديم اختياره أولى ، وإن كان الرهن عبداً فأراد تدبيره جاز ، لأنه يمكن بيعه فى الدين ، فان دبره وحل الدين فان كان له مال غيره لم يكلف بيع المدبر ، وإن لم يكن له مال غـيره بيع منه بقدر الدين وبقى الباقى على التدبير ، وان استغرق الدين جميعه بيع الجميع .

(الشرح) فى الفصل لغات منها قوله : ودج الدابة بتشديد الدال وتخفيفها وهو منها كالفصد للانسان ، ويسميه العامة فى ديارنا الحزام ؛ وقوله : تبزيغها مثله وفى المصباح : بزغ البيطار والحاجم بزغاً من باب قتل شرط الدم وأساله ، وفى الأحكام مزيد بيان لنا .

أما الأحكام : فان الراهن يملك التصرف فى عين الرهن بما لا ضرر فيه على المرتهن كاجراء الودج أو التبزيغ للحيوان أو ملء السـاعة ، أو تشحيم السيارة أو حقن آلة الطباعة أو نحوها بالزيت أو وضع مركبات النفتالين فى الثياب حتى لا تأتى عليها العثة فتبلى وكل ما هو من شأنه اصلاح المرهون وكماله ولا ضرر فيه

على المرتهن جاز قولا واحداً ، ولا يجوز للمرتهن منعه ، وان أراد الراهن أن يقطع شيئاً من جوارح الحيوان — فان كان فى قطعه منفعة ، وفى تركه خوف عليه لفساد دب فى هذا العضو ويخشى أن يمتد المرض فيتلف غيره أو يصيب الحيوان بالتسمم ، فان للراهن أن يقطع ذلك بغير اذن المرتهن ، لأن فى ذلك مصلحة من غير خوف ، وان كان يخشى من قطعه كما يخشى من بقائه ففيه وجهان ان كان الرهن دابة ، واحتاجت الى التودج وهو فتح عرقين عريضين عن يمين تفرع النحر ويسارها ويسميان الوريدين أو الى التبزيغ وهو فتح الراهصة من حافره فللراهن أن يفعل ذلك بغير اذن المرتهن ، وان أراد الراهن أن يفعل شيئا من هذا بغير اذن المرتهن .

قال الشافعى : فكل مافيه مصلحة ولا يتضمن المضرة أصلا جاز مثل أن يدهن الجرب بالقطران ، أما ما كان فيه منفعة وقد يضر كشرب الدواء ، ومثله اعطاء الحقن فى العضل أو الوريد ، فليس للمرتهن أن يفعل ذلك بغير اذن الراهن اه .

وقد استغرب الشيخ أبو حامد هذا فى التعليق .

﴿ فرع ﴾ للراهن أن يرعى ماشيته وليس للمرتهن منعه وذلك لأنها تأوى بالليل اليه ، وان أراد الراهن أن ينتجع بها — أى يحملها أو يسوقها الى موضع بعيد طلباً للمرعى ، فان اتفقا عليه جاز ، وان امتنع أحدهما نظرت ، فان كان الموضع مخصباً — أى موضع المرتهن — فله أن يمنعه لأنه رهنها فليس له نقلها بغير مسوغ أو ضرورة ، وان كان الموضع مجدباً ، فان اتفقا على النجعة واختلفا فى المكان . قال الشيخ أبو حامد : وكان المكانان متساويين فى الخصب والأمن قدم قول الراهن لأنه هو المالك للرقبة ، وان اختلفا فى النجعة أجبر الممتنع من النجعة عليها ، لأن المرتهن ان كان هو الممتنع قيل له : ليس لك ذلك لما فيه من الإضرار بالماشية ، فاما أن تخرج معها أو تبعث بعدل أو ينصب الحاكم عدلا ، وان كان الممتنع هو الراهن قيل له : ليس لك ذلك لانك تضر بالمرتهن ، واما ان تبعث بعدل يأخذ لبنها ويرعاها ويحفظها .

﴿ فرع ﴾ وان كان الرهن نخلا فأطلعت كان للراهن تأبيرها من غير اذن المرتهن لأنه مصلحة من غير ضرر ، وما ينزع من السعف والليف فهو للراهن

فهو كالثمرة ولا يدخل فى الرهن . فان قيل هذا قد تناوله عقد الرهن وليس بحادث فالجواب أن ما يجد وينمو من السعف والليف يقوم مقـامه ، فصار هذا بمنزلة المنفعة خارجا عن الاصول ، فان خرجت الفسلان فى جذع النخل .

قال ابن الصباغ : فعندى أن ذلك يكون للراهن لا حق للمرتهن فيه لانه كالولد للماشية وكذلك ان ازدحمت أرض الرهن بالفسلان وأراد الراهن أن يحسن توزيعها فى أرض الرهن .

قال الشافعى : جاز له ذلك بغـير اذن المرتهن مادام فى ذلك مصلحة للباقى ، وكذلك اذا ازدحمت وأراد تخفيفها بالقطع أو القلع وكان فى ذلك مصلحة لزيادة نمو الباقى جاز للراهن بغـير اذن المرتهن وكانت أخشابها من الرهن ، وان أراد الراهن تحويلها الى أرض أخرى أو قطع جميعها لم يكن له ذلك للضرر . قال الشافعى لو أراد تحويل المساق فان كان يضر بالرهن لم يكن له . وقال الشيخ أبو حامد واذا أراد المرتهن ذلك لم يكن له .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ولا يملك التصرف فى العين بما فيه ضرر على المرتهن لقوله صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار » فان باعه أو وهبه أو جعله مهراً فى نكاح أو أجره فى اجارة أو كان عبداً فكاتبه لم يصح ، لانه تصرف لا يسرى الى ملك الغير يبطل به حق المرتهن من الوثيقة فلم يصح من الراهن بنفسه كالفسخ ، وان أعتقه ففيه ثلاثة أقوال :

أحدها : يصح ، لانه عقد لا يزيل الملك فلم يمنع صحة العتق ، كالإجارة .

والثانى : أنه لا يصح ، لانه قول يبطل الوثيقة من عين الرهن . فلم يصح من الراهن بنفسه كالبيع .

والثالث : وهو الصحيح أنه ان كان موسرا صح ؛ وان كان معسراً لم يصح لانه عتق فى ملكه يبطل به حق غيره ، فاختلف فيه الموسر والمعسر كالعتق فى العبد المشترك بينه وبين غيره ، فان قلنا ان العتق يصح ، فان كان موسرا أخذت منه القيمة وجعلت رهنا مكانه ، لانه أتلف رقه فلزمه ضمانه كما لو قتله ، وتعتبر

قيمته وقت الاعتاق لأنه حالة الإتلاف ، ويعتق بنفس اللفظ ، ومن أصحابنا من قال : فى وقت العتق ثلاثة أقوال :

(أحدها) بنفس اللفظ (والثانى) بدفع القيمة (والثالث) موقوف ؛ فان دفع القيمة حكمنا أنه عتق من حين الإعتاق ، وان لم يدفع حكمنا أنه لم يعتق فى حال الاعتاق ، كما قلنا فيمن أعتق شركاً له فى عبد أنه يسرى ، وفى وقت السراية ثلاثة أقوال — وهذا خطأ — لأنه لو كان كالعتق فى العبد المشترك لوجب أن لا يصح العتق من المعسر ، كما لا يسرى العتق باعتاق المعسر فى العبد المشترك .

وان كان معسراً وجبت عليه القيمة فى ذمته ، فان أيسر قبل محل الدين طولب بها لتكون رهنا مكانه ، وان أيسر فى محل الدين طولب بقضاء الدين . وان قلنا ان العتق لا يصح ففكه أو بيع فى الدين ثم ملكه لم يعتق عليه . ومن أصحابنا من قال : يعتق ، لأنه انما لم يعتق فى الحال لحق المرتهن ، وقد زال حق المرتهن فنفذ العتق ، كما لو أحبلها ثم فكها أو بيعت ثم ملكها والمذهب الأول لأنه عتق لم ينفذ فى الحال فلم ينفذ بعد ذلك ، كما لو أعتق المحجور عليه عبده ثم فك عنه الحجر ، ويخالف الاحبال فانه فعل ، وحكم الفعل أقوى من حكم القول ، ولهذا لو أحبل المجنون جاريته نفذ احباله وثبت لها حق الحرية ، ولو أعتقها لم يصح .

وان قلنا انه يصح العتق ان كان موسراً ولا يصح اذا كان معسراً : فقد بينا حكم الموسر والمعسر .

وان كان المرهون جارية فأحبلها فهل ينفذ إحباله أم لا ، على الاقوال الثلاثه ، وقد بينا وجوهها فى العتق ، فان قلنا انه ينفذ فالحكم فيه كالحكم فى العتق وان قلنا انه لا ينفذ احباله صارت أم ولد فى حق الراهن لأنها علقت بحر فى ملكه ، وانما لم ينفذ لحق المرتهن ، فان حل الدين وهى حامل لم يجز بيعها لأنها حامل بحر ، وان ماتت من الولادة لزمه قيمتها لأنها هلكت بسبب من جهته . وفى القيمة التى تجب ثلاثة أوجه (أحدها) تجب قيمتها وقت الوطء ، لأنه وقت سبب التلف ، فاعتبرت القيمة فيه ، كما لو جرحها وبقيت ضمنة الى أن ماتت ،

(والثانى) تجب قيمتها أكثر ما كانت من حين الوطء الى حين التلف ، كما قلنا فيمن غصب جارية وأقامت فى يده ثم ماتت (والثالث) أنه تجب قيمتها وقت الموت ، لأن التلف حصل بالموت والمذهب الأول ، وما قال الثانى لا يصح ، لأن الغصب موجود من حين الأخذ الى حين التلف ، والوطء غير موجود من حين الوطء الى حين التلف . وما قال الثالث يبطل به اذا جرحها ثم ماتت ؛ فان التلف حصل بالموت ، ثم تجب القيمة وقت الجراحة ، وان ولدت نظرت ، فان نقصت بالولادة وجب عليه أرش ما نقص ، وان حل الدين ولم يقضه فان أمكن أن يقضى الدين بثمن بعضها بيع منها بقدر ما يقضى به الدين ، وان فكها من الرهن أو بيعت وعادت اليه ببيع أو غيره صارت أم ولد له ، وقال المزنى : لا تصير كما لا تعتق اذا أعتقها ثم فكها أو ملكها ، وقد بينا الفرق بين الاعتاق والاحبال فأغنى عن الاعادة .

(الشرح) الحديث رواه أحمد فى مسنده عن ابن عباس وابن ماجه فى سننه عن عبادة بن الصامت عن النبي صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار » وإسناده حسن .

أما اللغات ففى النهاية : الضر ضد النفع ضره يضره ضرا وضرارا ، وأضر به يضر إضرارا . فمعنى قوله « لا ضرر » أى لا يضر الرجل أخاه فينقصه شيئا من حقه والضرار فعال من الضرر ، أى لا تجازيه على إضراره بادخال الضرر عليه والضرر فعل الواحد ، والضرار فعل الاثنين ، أو الضرر ابتداء الفعل ؛ والضرار الجزاء عليه .

أما الأحكام : فان أزال الراهن ملكه عن الرهن بغير إذن المرتهن نظرت فان كان ببيع أو هبة أو ما أشبهها من التصرفات لم يصح للحديث لأن فيها إضرار على المرتهن ، ولأنه تصرف لا يسرى إلى ملك الغير احترازاً من العتق

وقوله « يبطل به حق المرتهن من الوثيقة » احتراز من اجارته وإعارته . وقوله « بغير إذن المرتهن » احتراز منه اذا أذن ، وان كان الرهن رقيقا فأعتقه الراهن بغير اذن المرتهن .

قال الشافعي في الأم : اذا كان موسرا فقد عتقه ، وإن كان معسرا فعلى قولين وقال في القديم : قال عطاء لا ينفذ عتقه موسراً كان أو معسراً ، ولهذا وجه . ثم قال : قال بعض أصحابنا ينفذ ان كان موسراً ولا ينفذ ان كان معسرا .

واختلف أصحابنا في ترتيب المذهب ، فقال أبو علي الطبري وابن القطان : في المسألة ثلاثة أقوال (أحدها) ينفذ اعتاقه موسرا كان أو معسرا (والثاني) لا ينفذ موسرا كان أو معسرا (والثالث) ينفذ ان كان موسرا ولا ينفذ ان كان معسرا وهذه الطريقة اختيار المصنف وابن الصباغ .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ وان وقف المرهون ففيه وجهان (أحدهما) أنه كالعتق لأنه حق لله تعالى لا يصح اسقاطه بعد ثبوته فصار كالعتق (والثاني) انه لا يصح لأنه تصرف لا يسرى الى ملك الغير فلا يصح كالبيع والهبة

(الشرح) الاحكام : إذا تصرف الراهن بغير العتق كالبيع والاجارة والهبة والوقف وغيره فتصرفه باطل ، لانه تصرف يبطل حق المرتهن من الوثيقة غير مبنى على التغليب والسراية فلم يصح بغير اذن المرتهن كفسخ الرهن ، فان أذن فيه المرتهن صح وبطل الرهن ، لانه اذن فيما ينافى حقه ، فيبطل بفعله كالعتق ، وان زوج الأم المرهونة لم يصح ، وهذا هو مذهبنا ومذهب مالك وأحمد ، والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ وما منع منه الراهن لحق المرتهن كالوطء والتزويج وغيرهما ؛ اذا أذن فيه جاز له فعله ، لان المنع لحقه فزال بإذنه ، وما يبطل لحقه كالبيع والعتق وغيرهما اذا فعله بإذنه صح ، لان بطلانه لحقه فصح بإذنه ، فان أذن في البيع أو العتق ثم رجع قبل أن يبيع ، أو قبل أن يعتق لم يجز البيع والعتق لانه بالرجوع سقط الاذن فصار كما لو لم يأذن ، فان لم يعلم بالرجوع فباع أو أعتق ففيه وجهان (أحدهما) أنه يسقط الاذن ويصير كما اذا باع أو أعتق بغير الاذن

(والثاني) أنه لا يسقط الاذن بناء على القولين في الوكيل اذا عزله الموكل ولم يعلم حتى تصرف . (الشرح) فيما سبق في الفصل قبله الكفاية

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن أذن له فى العتق فأعتق أو فى الهبة فوهب وأقبض بطل الرهن لأنه تصرف ينافى مقتضى الوثيقة فعله باذنه فبطلت به الوثيقة ، فان أذن له فى البيع لم يخل ، إما أن يكون فى دين حال أو فى دين مؤجل ، فان كان فى دين حال تعلق حق المرتهن بالثمن ، ووجب قضاء الدين منه ، لان مقتضى الرهن بيعه واستيفاء الحق منه ، وان كان فى دين مؤجل نظرت ، فان كان الإذن مطلقا فباع بطل الرهن وسقط حقه من الوثيقة ، لأنه تصرف فى عين الرهن لا يستحقه المرتهن ، فعله باذنه فبطل به الرهن ، كما لو أعتقه باذنه ، وإن أذن له فى البيع بشرط أن يكون الثمن رهنا ففيه قولان .

قال فى الاملاء : يصح ، ووجهه أنه لو أذن له فى بيعه بعد المحل بشرط أن يكون ثمنه رهناً إلى أن يوفيه جاز .

وقال فى الام : لا يصح ، لأن ما يباع به من الثمن مجهول ، ورهن المجهول لا يصح ، فاذا بطل الشرط بطل البيع ، لأنه انما أذن فى البيع بهذا الشرط ولم يثبت الشرط فلم يصح البيع ، وإن أذن له فى البيع بشرط أن يعجل الدين فباع لم يصح البيع .

وقال المزنى : يبطل الشرط ويصح العقد ، لأنه شرط فاسد سبق البيع ؛ فلم يمنع صحته ، كما لو قال لرجل : بع هذه السلعة ولك عشر ثمنها ، وهذا خطأ ، لانه إنما أذن له بشرط أن يعجل الدين وتعجيل الدين لم يسلم له ، فاذا لم يسلم له الشرط بطل الاذن فيصير البيع بغير إذن ، ويخالف مسألة الوكيل ؛ فان هناك لم يجعل العوض فى مقابلة الاذن ، وإنما جعله فى مقابلة البيع وههنا جعل تعجيل الدين فى مقابلة الاذن ، فاذا بطل التعجيل بطل الاذن ، والبيع بغير اذن المرتهن باطل . وحكى عن أبى إسحاق أنه قال : فى هذه المسألة قول آخر أنه يصح البيع ويكون ثمنه رهناً ، كما لو أذن له فى البيع بشرط أن يكون ثمنه رهنا .

(الشرح) الاحكام : بيانه فى الفصول السابقة .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وما يحتاج اليه الرهن من نفقة وكسوة وعلف وغيرها فهو على الراهن لما روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهونا وعلى الذى يركب ويشرب نفقته ، والذى يركب ويشرب هو الراهن فوجب أن تكون النفقة عليه ، ولأن الرقبة والمنفعة على ملكه فكانت النفقة عليه وان احتاج الى شرب دواء أو فتح عرق فامتنع لم يجبر عليه لان الشفاء بيد الله تعالى ، وقد يجىء من غير فصد ولا دواء ويخالف النفقة فانه لا يبقى دونها فلزمه القيام بها .

(فصل) وان جنى العبد المرهون لم يخل اما أن يجنى على الاجنبي ، أو على المولى أو على مملوك للمولى ، فان كانت الجناية على أجنبي تعلق حق المجنى عليه برقبته ، ويقدم على حق المرتهن ، لأن حق المجنى عليه يقدم على حق المالك ، فلأن يقدم على حق المرتهن أولى ، ولان حق المجنى عليه يختص بالعين فلو قدمنا حق المرتهن عليه أسقطنا حقه ، وحق المرتهن يتعلق بالعين والذمة ، فاذا قدمنا حق المجنى عليه لم يسقط حقه فوجب تقديم حق المجنى عليه ، فان سقط حق المجنى عليه بالعفو أو الفداء بقى حق المرتهن ، لان حق المجنى عليه لم يبطل الرهن وانما قدم عليه حق المجنى عليه لقوته ، فاذا سقط حق المجنى عليه بقى حق المرتهن

وان لم يسقط حق المجنى عليه نظرت ، فان كان قصاصا فى النفس اقتص له وبطل الرهن ، وان كان فى الطرف اقتص له ، وبقى الرهن فى الباقى ، وان كان مالا وأمكن أن يوفى حقه ببيع بعضه بيع منه ما يقضى به حقه ، وان لم يمكن الا ببيع جميعه بيع فان فضل عن حق المجنى عليه شىء من ثمنه تعلق به حق المرتهن وان كانت الجناية على المولى نظرت ، فان كان فيما دون النفس اقتص منه ان كان عمداً ، وان كان خطأ أو عمداً فعفى عنه على مال لم يثبت له المال .

وقال أبو العباس : فيه قول آخر أنه يثبت له المال ، ويستفيد به بيعه وابطال

لحق المرتهن من الرهن ، ووجهه أن من ثبت له القصاص فى العمد ثبت له المال فى الخطأ كالأجنبى ، والصحيح هو الأول ، لأن المولى لا يثبت له المال على عبده ولهذا لو أتلف له مالا لم يستحق عليه بدله ، ووجه الاول يبطل بغير المرهون ، فانه يجب له القصاص فى العمد ، ولا يجب له المال فى الخطأ . وإن كانت الجناية على النفس ـ فان كانت عمدا ـ ثبت للوارث القصاص ، فان اقتص بطل الرهن وإن كانت خطأ أو عمدا وعفى على مال ففيه قولان .

أحدهما : لا يثبت له المال ، لان الوارث قائم مقام المولى ، والمولى لا يثبت له فى رقبة العبد مال ، فلا يثبت لمن يقوم مقامه .

والثانى : أنه يثبت له ، لانه يأخذ المال عن جناية حصلت ، وهو فى غير ملكه فصار كما لو جنى على من يملكه المولى ، وان كانت الجناية على مملوك للمولى ، فان كانت على مملوك غير مرهون ، فان كانت الجناية عمدا . فللمولى أن يقتص منه . وان كانت خطأ أو عمدا وعفا على مال لم يجز . لأن المولى لا يستحق على عبده مالا . وان كانت الجناية على مملوك مرهون عند مرتهن آخر . فان كانت الجناية عمدا فللمولى أن يقتص منه . فان اقتص بطل الرهن . وان كانت خطأ أو عمدا وعفى على مال ثبت المال لحق المرتهن الذى عنده المجنى عليه ، لأنه لو قتله المولى لزمه ضمانه فاذا قتله عبده تعلق الضمان برقبته . فان كانت قيمته أكثر من قيمة المقتول وأمكن أن يقضى أرش الجناية ببيع بعضه بيع منه ما يقضى به أرش الجناية ويكون الباقى رهنا . فان لم يمكن الا ببيع جميعه بيع . وما فضل من ثمنه يكون رهنا . فان كانت قيمته مثل قيمة المقتول أو أقل منه ففيه وجهان .

(أحدهما) أنه ينقل القاتل الى مرتهن المقتول ليكون رهنا مكانه . لأنه لا فائدة فى بيعه .

(والثانى) أنه يباع لانه ربما رغب فيه من يشتريه بأكثر من قيمته فيحصل عند كل واحد من المرتهنين وثيقة بدينه . وان كانت الجناية على مرهون عند المرتهن الذى عنده القاتل . فان كانت عمدا فاقتص منه بطل الرهن . وان كانت خطأ أو عمدا وعفى عنه على مال نظرت . فان اتفق الدينان فى المقدار والحلول

والتأجيل ، واتفقت قيمة العبدين ترك على حاله ، لأنه لا فائدة فى بيعه ؛ وان كان الدين الذى رهن به المقتول حالا والدين الذى رهن به القاتل مؤجلا . بيع لأن فى بيعه فائدة ، وهو أن يقضى الدين الحال ، فان اختلف الدينان . واتفقت القيمتان نظرت ، فان كان الدين الذى ارتهن به القاتل أكثر لم يبع لأنه مرهون بقدر ، فإذا بيع صار مرهوناً ببعضه .

وإن كان الدين الذى ارتهن به القاتل أقل نقل ، فإن فى نقله فائدة ، وهو أن يصير مرهوناً بأكثر من الدين الذى هو مرهون به ، وهل يباع وينقل ثمنه ؟ أو ينقل بنفسه ؟ فيه وجهان ، وقد مضى توجيهها ، وإن اتفق الدينان بأن كان كل واحد منهما مائة ، واختلف القيمتان نظر فيه ، فان كانت قيمة المقتول أكثر لم يبع ، لأنه إذا ترك كان رهناً بمائة ، وإذا بيع كان ثمنه رهنا بمائة ، فلا يكون فى بيعه فائدة ، وان كانت قيمة القاتل أكثر بيع منه بقدر قيمة المقتول ويكون رهنا بالحق الذى كان المقتول رهناً به وباقيه على ما كان .

(الشرح) حديث أبى هريرة رواه الجماعة إلا مسلما والنسائى وفى لفظ « إذا كانت الدابة مرهونة فعلى المرتهن علفها ولبن الدر يشرب وعلى الذى يشرب نفقته » رواه أحمد وتقدم كلام المحدثين فى أول الباب مستوفى فيراجع .

أما أحكام الفصل : فقد تكلمنا على مضمونه فيما سبق فيما يصلح الرهن .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) فإن جنى العبد المرهون باذن المولى نظرت ، فان كان بالغا عاقلا فحكمه حكم ما لو جنى بغير إذنه فى القصاص والأرش ، على ما بيناه ، ولا يلحق السيد بالإذن الا الإثم ؛ فانه يأثم لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال من أعان على قتل مسلم ولو بشطر كلمة جاء يوم القيامة مكتوبا بين عينيه آيس من رحمة الله فان كان غير بالغ نظرت فان كان مميزاً يعرف ان طاعة المولى لا تجوز فى القتل كان كالبالغ فى جميع ما ذكرناه الا فى القصاص . فان القصاص لا يجب على الصبي وان كان صغيراً لا يميز أو أعجميا لا يعرف ان طاعة المولى لا تجوز

فى القتل لم تتعلق الجنـاية برقبته بل يتعلق حكم الجناية بالمولى . فان كان موسراً أخذ منه الأرش ، وان كان معسراً فقد قال الشافعى رحمه‌الله يباع العبد فى أرش الجناية ، فمن أصحابنا من حمله على ظاهره . وقال يباع لأنه قد باشر الجناية فبيع فيها ، ومنهم من قال : لا يباع لأن القاتل فى الحقيقة هو المولى ، وانما هو آلة كالسيف وغيره ، وحمل قول الشـافعى رحمه الله على أنه أراد اذا ثبت بالبينة أنه قتله فقال المولى أنا أمرته فقال يؤخذ منه الأرش ان كان موسرا بحكم اقراره ، وان كان معسرا بيع العبد بظاهر البينة والله أعلم .

﴿ فصل ﴾ وان جنى على العبد المرهون فالخصم فى الجناية هو الراهن ، لأنه هو المالك للعبد ، ولما يجب من بدله ، فان ادعى على رجل أنه جنى عليه فأنكره ولم تكن بينة فالقول قول المدعى عليه مع يمينه ، فان نكل عن اليمين ردت اليمين على الراهن ، فان نكل فهل ترد اليمين على المرتهن ، فيه قولان ؛ بناء على القولين فى المفلس ، اذا ردت عليه اليمين فنكل ، فهل ترد على الغريم ؟ فيه قولان .

(أحدهما) لا ترد ، لانه غير مدع .

(والثـانى) ترد ، لأنه ثبت له حق فيما يثبت باليمين . فهو كالمالك . فان أقر المدعى عليه أو قامت البينة عليه أو نكل وحلف الراهن أو المرتهن على أحـد القولين . فان كانت الجناية موجبة للقود . فالراهن بالخيار بين أن يقتص وبين أن يعفو . فان اقتص بطل الرهن . وان قال : لا أقتص ولا أعفو ففيه وجهان قال أبو على بن أبى هريرة : للمرتهن اجباره على اختيار القصاص أو أخذ المـال لأن له حقا فى بدله فجاز له اجباره على تعيينه .

وقال أبو القاسم الداركى : ان قلنا : ان الواجب بقتل العمد هو القود لم يملك اجباره لأنه اذا ملك اسقاط القصاص فلأن يملك تأخيره أولى . وان قلنا : ان الواجب أحد الامرين أجبر على التعيين لان له حقا هو القصاص وللمرتهن حقا هو المال فلزمه التعيين وان عفى على مال أو كانت الجناية خطأ وجب الأرش . وتعلق حق المرتهن به . لأن الارش بدل عن المرهون . فتعلق حق المرتهن به . وان أسقط المرتهن حقه من الوثيقة سقط . لانه لو كان الرهن باقياً فأسقط حقه

منه سقط ، فكذلك إذا أسقط من بدله ، فإن أبرأ المرتهن الجانى من الأرش لم يصح إبراؤه لأنه لا يملكه فلا ينفذ إبراؤه فيه ، كما لو كان الراهن باقياً فوهبه .
وهل يبطل بهذا الإبراء حقه من الوثيقة ؟ فيه وجهان

(أحدهما) يبطل ، لأن إبراءه تضمن إبطال حقه من الوثيقة ، فاذا سقط الابراء بقى ما تضمنه من إبطال الوثيقة .

(والثانى) لا يبطل ، لأن الذى أبطله هو الإبراء ، والابراء لم يصح ، ولم يبطل ما تضمنه ، فان أبرأه الراهن من الأرش لم يصح ابراؤه ، لأنه يبطل حق المرتهن من الوثيقة من غير رضاه فلم يصح ، كما لو كان الرهن باقياً فأراد أن يهبه فان أبرأه ثم قضى دين المرتهن أو أبرأه المرتهن منه فهل ينفذ ابراء الراهن للجانى من الارش ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) ينفذ ، لأن المنع منه لحق المرتهن ، وقد زال حق المرتهن فينفذ ابراء الراهن .

(والثانى) أنه لا ينفذ لأنا حكمنا ببطلانه فلا يجوز أن يحكم بصحته بعد الحكم ببطلانه ، كما لو وهب مال غيره ثم ملكه .

وان أراد أن يصالحه عن الأرش على حيوان أو غيره من غير رضا المرتهن لم يجز ، لأن حق المرتهن يتعلق بالقيمة ، فلا يجوز اسقاطه الى بدل من غير رضاه ، كما لو كان الرهن باقيا فأراد أن يبيعه من غير رضاه ، فان رضى المرتهن بالصلح فصالح على حيوان تعلق به حق المرتهن ، وسلم الى من كان عنده الرهن ليكون رهنا مكانه ؛ فان كان مما له منفعة انفرد الراهن بمنفعته ، وان كان له نماء انفرد بنمائه كما كان ينفرد بمنفعة أصل الرهن ونمائه ، فان كان المرهون جارية فجنى عليها فأسقطت جنينا ميتاً وجب عليه عشر قيمة الأم ويكون خارجا من الرهن لأنه بدل عن الولد ، والولد خارج من الرهن ، فكان بدله خارجا منه .
وان كانت بهيمة فألقت جنيناً ميتا وجب عليه ما نقص من قيمة الام ويكون رهنا ، لأنه بدل عن جزء من المرهون ، فان ألقته حياً ثم مات ففيه قولان :

(أحدهما) يجب عليه قيمة الولد حياً لأنه يمكن تقويمه ، فيكون للراهن ، فان

عفى عنه صح عفوه (والثانى) يجب عليه أكثر الامرين من قيمته حيا أو مانقص من قيمة الام ، فان كان قيمته حيا أكثر وجب ذلك للراهن وصح عفوه عنه ، وان كان ما نقص من قيمة الام أكثر كان رهنا .

{ فصل } وان جنى على العبد المرهون ولم يعرف الجانى فأقر رجل أنه هو الجانى ، فان صدقه الراهن دون المرتهن : كان الارش له ولا حق للمرتهن فيه وان صدقه المرتهن دون الراهن كان الارش رهنا عنده ، فان لم يقضه الراهن الدين استوفى المرتهن حقه من الارش ، فان قضاه الدين أو أبرأه منه المرتهن رد الارش الى المقر .

(الشرح) حديث من أعان على قتل مؤمن بشطر كلمة لقى الله مكتوب بين عينيه : آيس من رحمة الله ؛ أخرجه ابن ماجه عن أبي هريرة رضى الله عنه ، قال المناوى : كناية عن كونه كافراً اذ لا ييأس من روح الله الا القوم الكافرون وهذا زجر وتهويل أو المراد يستمر . هذا حاله حتى يطهر بالنار ثم يخرج . اه وقال الحفنى : ان استحل ذلك فهو كافر

قال المصنف رحمه الله تعالى :

{ فصل } فان كان المرهون عصيراً فصار فى يد المرتهن خمراً زال ملك الراهن عنه وبطل الرهن لأنه صار محرما لا يجوز التصرف فيه فزال الملك فيه وبطل الرهن كالحيوان اذا مات ، فان تخللت عاد الملك فيه لأنه عاد مباحا يجوز التصرف فيه فعاد الملك فيه كجلد الميتة اذا دبغ ، ويعود رهنا لانه عاد الى الملك السابق ، وقد كان فى الملك السابق رهنا فعاد رهنا ، فان كان المرهون حيوانا فمات وأخذ الراهن جلده ودبغه فهل يعود الرهن فيه وجهان . قال أبو على ابن خيران يعود رهنا ، كما لو رهنه عصيرا فصار خمرا ثم صار خلا . وقال أبو اسحاق لا يعود الرهن لانه عاد الملك فيه بمعالجة وأمر أحدثه فلم يعد رهنا بخلاف الخمر فانها صارت خلا بغير معنى من جهته

(الشرح) الاحكام : اذا رهنه عصيرا صح رهنه كالثياب ، ولان أكثر مافيه أنه يخشى تلفه بأن يصير خمراً ، وينفسخ الرهن ، وذلك لا يمنع صحة الرهن ،

كالحيوان يجوز رهنه . وإذا جاز أن يموت ، فإذا رهنه عصيراً فاستحال خلا أو مالا يسكر كثيره ، فالرهن فيه بحاله لأنه يتغير إلى حالة لا تخرجه عن كونه مالا فلم يخرجه من الرهن ، كما لو رهنه عبـــداً شاباً فصار شيخا . فإذا رهنه عصيراً فاستحال خمرا زال ملك الراهن عنه وبطل الرهن فيه . وقال أبو حنيفة وأصحابه لا يزول ملك الراهن عنه ، ولا يبطل الرهن به لأنه يجوز أن تصير له قيمة

دليلنا أن كونه خمرا يمنع صحة التصرف فيه ، والضمان على متلفه . فبطل به الملك والرهن ، كموت الشاة .

إذا ثبت هذا فإنه يجب إراقته ؛ فان أتلف فلا كلام ، ولا خيار للمرتهن فى البيع — إن كان شرط رهنه فيه — إذا كان انقلابه بيـده ، لأن التلف حصل بيده ، وإن استحال الخمر خلا بنفسه من غير معالجة عاد الملك فيه للراهن بلا خلاف ، وعاد الرهن فيه للمرتهن : لأنا إنما حكمنا بزوال ملك الراهن عنه وبطلان الرهن بحدوث الاسكار ، وقد زالت تلك الصفة من غير أن تخاف نجاسة فوجب أن يعود الى سابق ملكه كما كان .

فان قيل : أليس العقد إذا بطل لم يصح حتى يبتدأ ، والرهن قد بطل فكيف عاد من غير أن يجدد عقده ؟ قيل إنما يقال ذلك إذا وقع العقد فاسدا ، وأما وقد وقع العقد صحيحا ابتداء ثم طرأ عليه ما أخرجه عن حكم العقد فانه إذا زال ذلك المعنى عاد العقد صحيحا ، كما نقول : إذا أسلمت زوجة الكافر يحرم عليه وطؤها فاذا أسلم الزوج قبل انقضاء العدة عاد العقد كما كان ، وكذلك إذا ارتد الزوجان أو أحدهما ، فاذا استحال الخمر خلا بصنعة آدمى لم يطهر بذلك . بل تزول الخمرية عنه ، ويكون خلا نجساً لا يحل الائتدام به ، ولا يعود ملكا له ولا رهنه . وقال أبو حنيفة : يكون طاهرا يحل شربه والرهن فيه بحاله

دليلنا ما روى أبو طلحة رضى الله عنه قال : لمـــا نزل تحريم الخمر قلت : يارسول الله ان عندى خمرا لأيتام ورثوه . فقال النبي صلى الله عليه وسلم أرقه قلت أفلا أخلله ؟ قال لا ، فنهاه عن تخليله . وهذا يقتضى التحريم . فان كان مع رجل خمر فأراقه فأخـــذه آخر وصار فى يده خلا أو وهبه لغيره فصار فى يد الموهوب خلا ، ففيه وجهان .

من أصحابنا من قال يكون لمن أراقه ، لأنه يعود إلى سابق ملكه ، والملك للمريق ، فهو كما لو غصب من رجل خمراً وصار فى يده خلا (والثانى) يكون ملكا لمن هو فى يده ، لأنه اذا أراقه صاحبه فقد رفع يده عنه ، فاذا جمعه الآخر صارت له عليه يد والاول أصح .

قال ابن الصباغ : اذا رهنه عصيراً فصار خمراً فى يد الراهن قبل القبض بطل الرهن ، فان عاد خلا لم يعد الرهن ، ويخالف إذا كان بعد القبض لأن الرهن قد لزم ، وقد صار مانعاً للملك ، وكذلك اذا اشترى عصيرا فصار خمرا فى يد البائع وعاد خلا فسد العقد ولم يكن ملكا للمشترى بعوده خلا ، والفرق بينه وبين الرهن أن الرهن عاد تبعا لملك الراهن ؛ وها هنا يعود لملك البائع لعدم العقد .

﴿ فرع ﴾

اذا رهن عند رجل شـاة وأقبضه اياها فماتت زال ملك الراهن وبطل الرهن فيها لأنها خرجت عن أن تكون مالا ، فان أخذ الراهن جلدها فدبغها عاد ملكه على الجلد بلا خلاف ؛ وهل يعود رهنا ؟ فيه وجهان

قال ابن خيران : انما عاد بمعالجته ، ومعنى أحـدثه بخلاف الخمر ، وسئل أبو اسحاق عن رجل ماتت له شـاة ، فجاء آخر وأخذ جلدها فدبغه ، فقال اذا لم يطرحها مالكها فان الجلد لمالك الشـاة دون الدابغ ، لأن الملك وان عاد بمعنى أحدثه الدابغ إلا أن يد المالك كانت مستقرة على الجلد وجوز له استصلاحه فاذا غصبه غاصب ودبغه لم ينقل يد المالك كما لو كان له جرو كلب يريد تعليمه الصيد فغصبه إنسان وعلمه ، فان المغصوب منه أحق به ، لأن يده كانت مستقرة عليه ، قال فأما اذا طرح صاحب الشاة شاته على المزبلة فأخذ رجل جلدها ودبغه ملكه لأن المالك قد أزال يده عنها . قيل له : أليس من يحجر مواتا يكون أحق بإحيائها من غيره ثم جاء غيره فأحياها ملكها ، فقال الفرق بينهما أن من يحجر على شىء من الموات صار به بمعنى أثره فيه ، وهو الحجز ويده ضعيفة لاستبدال ملك ، فاذا وجد سبب الملك وهو الاحياء بطلت يده ، وكذلك من ماتت له شاة لأن يده مقرة عليها بالملك .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن تلف الرهن فى يد المرتهن من غير تفريط تلف من ضمان الراهن ولا يسقط من دينه شىء لما روى سعيد بن المسيب رضى الله عنه قال : قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن لا يغلق الرهن ممن رهنه ، ولأنه وثيقة بدين ليس بعوض منه فلم يسقط الدين بهلاكه كالضامن ، فإن غصب عيناً ورهنها بدين ولم يعلم المرتهن وهلكت عنده من غير تفريط فهل يجوز للمالك أن يغرمه فيه وجهان (أحدهما) لا يغرمه لأنه دخل على الامانة (والثانى) له أن يغرمه لانه أخذه من يد ضامنة ، فان قلنا انه يغرمه فغرمه فهل يرجع بما غرم على الراهن فيه وجهان (أحدهما) يرجع لانه غره (والثانى) لا يرجع لانه حصل التلف فى يده فاستقر الضمان عليه ، فان بدأ وغرم الراهن ، فان قلنا ان المرتهن اذا غرم رجع على الراهن لم يرجع الراهن على المرتهن بما غرمه ، وإن قلنا ان المرتهن اذا غرم لا يرجع على الراهن رجع عليه الراهن بما غرمه ، فان رهن عند رجل عينا وقال رهنتك هذا إلى شهر فان لم أعطك مالك فهو لك بالدين فالرهن باطل لأنه وقته والبيع باطل لأنه علقه على شرط فان هلك العين قبل الشهر لم يضمن لانه مقبوض بحكم الرهن فلم يضمنه كالمقبوض عن رهن صحيح ، وان هلك بعد الشهر ضمنه لأنه مقبوض بحكم البيع فضمنه كالمقبوض عن بيع صحيح

(الشرح) الحديث مر تخريجه فى غير موضع

أما الاحكام فانه اذا قبض المرتهن الرهن فهلك فى يده من غير تفريط لم يلزمه ضمانه ولا يسقط من دينه شىء : وبه قال الاوزاعى وعطاء وأحمد وأبو عبيد وهى إحدى الروايتين عن على بن أبى طالب رضى الله عنه ، وذهب الثورى وأبو حنيفة وأصحابه الى أن الرهن مضمون على المرتهن بأقل الامرين من قيمته ، أو قدر الدين . فاذا هلك فان كان الدين مائة وقيمة الرهن تسعين ضمنه بتسعين وبقى له من الدين عشرة . وان كان الدين تسعين وقيمة الرهن مائة فهلك الرهن سقط الرهن وسقط جميع دينه ، ولا يرجع الراهن عليه بشىء لسقوط الدين ، وروى ذلك عن عمر رضى الله عنه .

وذهب إسحاق بن راهويه إلى أن الرهن مضمون على المرتهن بكمال قيمته ، ثم يترادان : وهي الرواية الثانية عن علي رضي الله عنه .

وذهب الشعبي والحسن البصري الى أن الرهن إذا هلك في يد المرتهن سقط جميع دينه ، سواء كانت قيمته أكثر من قدر الدين أو أقل أو كانا متساويين .

وقال مالك : إن هلك الرهن هلاكا ظاهراً ، مثل أن كان عبداً فمات أو داراً فاحترقت فهو غير مضمون على المرتهن ، وان هلك هلاكا خفيا ، مثل أن يدعى المرتهن أنه هلك ، فهو مضمون كما قال اسحاق بن راهويه .

دليلنا ماروى سعيد بن المسيب عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا يغلق الرهن من راهنه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه » فهذا الحديث دليل في ثلاثة أمور :

(أحدها) قوله صلى الله عليه وسلم « لا يغلق الرهن » وله ثلاثة تأويلات . أحدها : لا يكون الرهن للمرتهن بحقه اذا حل الحق . والتأويل الثاني : لا يسقط الحق بتلفه . والثالث : أي لا ينغلق حتى لا يكون للراهن فكه عن الرهن بل له فكه . فإن قيل فهذا حجة عليكم لأن قوله صلى الله عليه وسلم « لا يغلق الرهن » أي لا يهلك بغير عوض . قال زهير :

وفارقتك برهن لا فكاك له ... يوم الوداع فأمسى الرهن قد غلقا

يعني ارتهن فقلبه الحب يوم الوداع . فأمسى وقد غلق الرهن ، أي هلك بغير عوض . قلنا هذا غلط لأن القلب لايهلك ، وانما معناه أن القلب صار رهنا بحقه وقد انغلق انغلاقا لا ينفك

(الثاني) قوله صلى الله عليه وسلم « من راهنه » يعني من ضمانه ، قال الشافعي رضي الله عنه : وهذه أبلغ كلمة للعرب في أنهم اذا قالوا هذا الشيء من فلان يريدون من ضمانه .

(الثالث) قوله صلى الله عليه وسلم « له غنمه وعليه غرمه » قال الشافعي رضي الله عنه وغرمه هلاكه وعطبه ، ولأنه مقبوض عن عقد لو كان فاسدا لم يضمن فوجب إذا كان صحيحا أن لا يضمن أصله ، كالوديعة ومال المضاربة والوكالة والشركة ، وعكسه المقبوض عن البيع والقرض

وان غصب رجل من رجل عينا فرهنها عند آخر وقبضها المرتهن فأتلفها أو تلفت عنده بغير تفريط ، فإن كان عالما بأنها مغصوبة فللمغصوب منه أن يرجع بقيمتها على الغاصب أو المرتهن لأنه أتلفها ولأنه كان عالما بغصبها فيستقر عليه الضمان لحصول التلف في يده ، وان رجع المغصوب منه على المرتهن لم يرجع المرتهن على الراهن لأن الضمان استقر عليه . وان كان المرتهن غير عالم لكونها مغصوبة وتلفت عنده من غير تفريط فالمغصوب منه أن يرجع على الغاصب لأنه أخذها من مالكها متعديا .

وهل للمالك أن يرجع على المرتهن ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يرجع عليه لأنه أخذها على وجه الامانة (والثانى) يرجع عليه لانه أخذها من يد ضامنه .

واذا قلنا يرجع على المرتهن ، فهل المرتهن أن يرجع بما ضمنه على الراهن ؟ قال أبو العباس بن سريج من أئمتنا : لا يرجع لانه تلف في يده فاستقر الضمان عليه ، وفيه وجه آخر . ولم ينقل الشيخ أبو حامد فى التعليق غير أنه يرجع عليه ، لأن المرتهن أمين فلا يضمن بغير تعد ، فيكون تلف الرهن من ضمان الراهن ، فرجع بالقيمة عليه لأنه غره . وان بدا المغصوب منه المرتهن أنه لا يرجع على الراهن رجع الراهن ها هنا على المرتهن

وقال فى الأم ، ولو رهنه رهنا على أنه اذا دفع الحق وقضاه أخذ الرهن ، وان لم يقض له بدينه فالرهن والبيع فاسدان ، وهذا صحيح

قال العمرانى : أما الرهن فبطل لانه مؤقت لمحل الدين ومن شأنه أن يكون مطلقا . وأما البيع فبطل لانه معلق بزمان مستقبل ، فيكون هذا الرهن فى يد المرتهن الى أن يحل الحق غير مضمون عليه لأنه مقبوض عن رهن فاسد ، وحكم المقبوض فى الضمان عن العقد الفاسد كالمقبوض عن العقد الصحيح ، فان تلف الرهن لم يضمن واذا حل الحق كان مضمونا على المرتهن لانه مقبوض عن بيع فاسد فضمنه كالمقبوض عن بيع صحيح

فعلى هذا اذا تلف فى يده لزمه ضمانه سواء فرط فيه أو لم يفرط

قال المصنف رحمه الله :

باب اختلاف المتراهنين

إذا اختلف المتراهنان فقال الراهن ما رهنتك . وقال المرتهن رهنتني فالقول قول الراهن مع يمينه لأن الأصل عدم العقد .

﴿ فصل ﴾ إذا اختلفا في عين الرهن فقال الراهن رهنتك العبد وقال المرتهن بل رهنتني الثوب فالقول قول الراهن أنه لم يرهن الثوب فاذا حلف خرج الثوب عن أن يكون رهنا بيمينه وخرج العبد عن أن يكون رهنا برد المرتهن .

(الشرح) الأحكام :

أولا : إذا اختلف المتراهنان ، فقال أحدهما للآخر لقد رهنتني عيناً بدين لى عليك ، فقال الآخر : ما رهنتكها — ولم تكن ثم بينه ، فالقول قول من عليه الدين مع يمينه أنه ما رهنه ؛ لأن الأصل عدم الرهن .

ثانيا : اختلفا في عين الرهن فادعى المرتهن أنه ارتهن منه راديو (مذياع) فقال الراهن : ما رهنتك هذا المذياع وإنما رهنتك مرناة (تليفزيون) حلف الراهن أنه مارهنه الراديو وإنما رهنه التليفزيون . فخرج المذياع عن أن يكون رهنا بيمين الراهن وخرج التليفزيون عن أن يكون رهنا بإنكار المرتهن له .

ثالثا : اختلفا في قدر الرهن ، فقال المرتهن : رهنتني هاتين الدراجتين بعشرة جنيهات فقال الراهن : بل رهنتك إحداهما بعشرة .

رابعاً : اختلفا في قدر الدين المرهون به فقال المرتهن : رهنتني هذه السيارة بمائة لى عليك ، وقال الراهن : بل رهنتكها بخمسين . فالقول في الثالث والرابع قول الراهن مع يمينه في كل من المثالين ، وبه قال أبو حنيفة وأحمد رضى الله عنهما وقال مالك رضى الله عنه : القول قول من الظاهر معه . فإن كانت الدراجة التى أقر الراهن برهنها تساوى عشرة أو دونها ويرهن مثلها بعشرة فالقول قول الراهن وان كانت لا تساوى عشرة ولا يرهن مثلها في العادة بعشرة فالقول قول المرتهن

وكذلك فى السيارة القول قول المرتهن فى قدر الرهن إن كانت قيمة السيارة مائة ، وإن كانت قيمتها أكثر من مائة فالقول قول الراهن .

دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم « البينة على من ادعى واليمين على من أنكر » وهذا الراهن منكر فيهما ، ولأنهما لو اختلفا فى أصل العقد لكان القول قول الراهن ، فكذلك إذا اختلفا فى قدر المعقود عليه .

خامساً : ان كان له عليه ألف مؤجلة وألف معجلة فرهنه سيارة بألف ثم اختلفا ، فقال المرتهن : رهنتنيه بالألف الحال . وقال الراهن : بل رهنتكه بالألف المؤجل ، فالقول قول الراهن مع يمينه ، لما ذكرناه فى المسائل قبلها .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإذا اختلفا فى قدر الرهن فقال الراهن رهنتك هذا العبد وقال : بل رهنتنى هذين العبدين فالقول قول الراهن ، لأن الأصل عدم الرهن إلا فيما أقر به ، ولان كل من كان القول قوله إذا اختلفا فى أصله كان القول قوله إذا اختلفا فى قدره كالزوج فى الطلاق فإن رهنه أرضا وأقبضه ووجد فيها نخيل يجوز أن يكون حدث بعد الرهن ، ويجوز أن يكون قبله فقال الراهن حدث بعد الرهن فهو خارج من الرهن . وقال المرتهن : بل كان قبل الرهن ورهنتنيه مع الأرض فالقول قول الراهن . وقال المزنى : القول قول المرتهن لأنه فى يده وهذا خطأ لما ذكرناه فى العبدين .

وقوله : إنه فى يده لا يصح ، لأن اليد إنما يقدم بها فى الملك دون العقد ، ولهذا لو اختلفا فى أصل العقد كان القول قول الراهن ؛ وإن كانت العين فى يد المرتهن ، فان رهن حمل شجرة تحمل حملين وحدث حمل آخر وقلنا : إنه يصح العقد فاختلفا فى مقدار الحمل الاول ، فالقول قول الراهن ، وقال المزنى : القول قول المرتهن ، لأنه فى يده ، وهذا لا يصح ، لأن الاصل أنه لم يدخل فى العقد إلا ما أقر به ، وأما اليد فقد بينا أنه لا يرجح بها فى العقد .

(الشرح) الأحكام : إذا رهنه أرضاً ووجد فيها نخل أو شجر ، فقال المرتهن : كان هذا موجوداً وقت الرهن فهو داخل فى الرهن . وقال الراهن :

بل حدث بعد الرهن فهو خارج من الرهن ، فإن كان ما قاله المرتهن غير ممكن كأن يكون النخل صغيراً وكان العقد من مدة لا تسمح بأن يكون النخل باقيا على صغره لحداثة مظهره فلا يجوز من ثم أن يكون النخل موجوداً وقت العقد ، فالقول قول الراهن من غير يمين ، لأنه لا يمكن صدق المرتهن .

وإن كان ما قاله الراهن غير ممكن ، كأن يكون لعقد الرهن مدة لا يمكن حدوث النخل بعدها لكبر النخل وقصر مدة العقد وما إلى ذلك فالقول قول المرتهن بلا يمين لان ما يقوله الراهن مستحيل فلم يقبل قوله .

وإن كان يمكن صدق كل منهما كأن يكون احتمال وجود النخل مساويا لاحتمال حدوثه بعد العقد ، قال الشافعي رضي الله عنه : فالقول قول الراهن مع يمينه . قال المزني قولا ضعيفاً في المذهب : القول قول المرتهن ؛ لأنه في يده . والمذهب الاول ، لان المرتهن قد اعترف للراهن بملك النخل ، وقد صار يدعى عليه عقد الرهن ، والراهن ينكر ذلك ، فكان القول قول الراهن ، كما لو ادعى عليه عقد الرهن في النخل منفردا دون الارض واما اليد التي تعلل بها المزني فلا يرجح بها في دعوى العقد وانما يرجح بها في دعاوى الملك فإذا حلف الراهن نظرت فإن كان الرهن في القرض أو كان متطوعا به في الثمن غير مشروط في البيع بقي الرهن في الارض ولا كلام وإن كان الرهن مشروطاً في البيع فإن هذا الاختلاف يوجب التحالف وقد حلف الراهن وخرج الرهن عن الراهن ، فان رضى المرتهن بذلك فلا كلام ، وان لم يرض حلف المرتهن أن النخل كان داخلا في الرهن . وهل ينفسخ البيع والرهن بنفس التحالف أو بالفسخ ؟ على الوجهين في التحالف . فان قلنا لا ينفسخ فتطوع الراهن بتسليم النخل رهنا فليس المرتهن فسخ البيع .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن اختلفا في قدر الدين فقال الراهن : رهنتك هذا العبد بألف وقال المرتهن : بل رهنتيه بألفين فالقول قول الراهن ، لان الاصل عدم الألف فان قال رهنته بألف وزادني ألفا آخر على أن يكون رهنا بالالفين . وقال المرتهن

بل رهنتنى بالالفين ، وقلنا : لا تجوز الزيادة فى الدين فى رهن واحد ففيه وجهان أحدهما : أن القول قول الراهن لأنهما لو اختلفا فى أصل العقد كان القول قوله فكذلك إذا اختلفا فى صفته .

والثانى : أن القول قول المرتهن ، لأنهما اتفقا على صحة الرهن والدين ، والراهن يدعى أن ذلك كان فى عقد آخر ، والأصل عدمه ، فكان القول قول المرتهن ، فان بعث عبده مع رجل ليرهنه عند رجل بمال ففعل ، ثم اختلف الراهن والمرتهن فقال الراهن أذنت له فى الرهن بعشرة ، وقال المرتهن بل بعشرين نظرت ، فان صدق الرسول الراهن حلف الرسول أنه ما رهن إلا بعشرة ، ولا يمين على الراهن ، لأنه لم يعقد العقد ، وإن صدق الرسول المرتهن فالقول قول الراهن مع يمينه ، فاذا حلف بقى الرهن على عشرة ، وعلى الرسول عشرة ، لأنه أقر بقبضها .

(الشرح) إذا اختلفا فقال الراهن رهنتك شيئاً بمائة بعقد ثم زدتنى مائة أخرى فعقدت الرهن بها على هذا الشىء قبل فسخ العقد ، إذا حدث هذا وقلنا : لا يصح ذلك ، وقال المرتهن بل ارتهنته منه بالمائتين بعقد واحد ففيه وجهان .

(أحدهما) القول قول الراهن مع يمينه ، لأنهما لو اختلفا فى أصل العقد لكان القول قوله ، فكذلك إذا اختلفا فى صفته (والثانى) القول قول المرتهن مع يمينه ، لأنهما اتفقا على عقد الرهن ، والراهن يدعى معنى يقتضى بطلانه ، والاصل عدم ما يبطله .

(فرع) إذا قال الرجل لغيره هذه السيارة التى عندى هى لك رهنتنيها بألف لى عليك ، فقال له : هذه السيارة لى وديعة لى عندك ، وإنما رهنتك بألف على سيارة أخرى أحرقتها ، وأنا استحق عليك قيمتها ، فالقول قول المقر مع يمينه ، أنه ما أحرق له سيارة ولا شىء له عليه من القيمة لان الاصل براءة ذمته والقول قول المقر له مع يمينه أنه ما رهنه هذه السيارة ، وعليه الالف لانه مقر بوجوبها

(فرع) قال الشافعى رضى الله عنه فى الأم ، إذا قال الرجل لغيره رهنتك عبدى هذا بألف درهم لك علىّ ، فقال المرتهن بل رهنتنيه أنا وزيدا بألفى درهم ألف درهم لى وألف درهم لزيد ، وادعى زيد بذلك ، فالقول قول الراهن أنه

مارهن زيدا شيئا ، فإذا حلف كان العبد رهنا عند الذى أقر له به ، قال الشيخ أبو حامد : وهذا لا يجىء على أصل الشافعى رحمه الله ، لأن المالك أقر للمرتهن برهن جميع العبد ، وهو لا يدعى نصفه ، وإنما ادعى وقد حلف له المالك ، فيجب ألا يبقى عند المقر له إلا نصف العبد مرهوناً .

قال الشافعى رحمه الله : وأما إذا قال لغيره رهنتك عبدى هذا بألف درهم لك علىّ ، فقال المرتهن هذا الألف الذى أقررت أنه لى رهنتنى به العبد هو لى ولزيد قبل ذلك لأنه إقرار فى حق نفسه فقبل ، فيكون بينه وبين زيد

قال الشيخ أبو حامد ، ولم يذكر الشافعى رحمه الله حكم الرهن ها هنا ، ولكن يكون العبد رهنا بالألف لأن المرتهن اعترف بالحق الذى أرهن به أنه له ولغيره فقبل إقراره فى ذلك ، كما لو كان له ألف برهن ، فقال هذا الألف لزيد ، كان له الألف بالرهن ، كذلك هذا مثله .

قال المصنف رحمه الله تعالى .

﴿ فصل ﴾ قال فى الام ، اذا كان فى يد رجل عبد لآخر فقال رهنتنيه بألف وقال السيد بل بعتكه بألف حلف السيد أنه ما رهنه بألف : لأن الاصل عدم الرهن ، ويحلف الذى فى يده العبد انه ما اشتراه ، لأن الاصل عدم الشراء ، ويأخذ السيد عبده ، فإن قال السيد رهنتكه بألف قبضتها منك قرضا ، وقال الذى فى يده العبد بل بعتنيه بألف قبضتها منى ثمنا ، حلف كل واحد منهما على نفى ما ادعى عليه ، لأن الاصل عدم العقد ، وعلى السيد الالف لأنه مقر بوجوبها ، فان قال الذى فى يده العبد ، بعتنيه بألف ، وقال السيد بل رهنتكه بألف حلف السيد انه ما باعه ، فإذا حلف خرج العبد من يد من هو فى يده لأن البيع قد زال والسيد معترف بأنه رهن ، والمرتهن ينكر ، ومتى أنكر المرتهن الرهن زال الرهن .

(الشرح) ذكر الشافعى رحمه الله فى باب الرسالة من الام أربع مسائل

الاولى ، اذا دفع لرجل ثوباً ، وأرسله ليرهنه له بحق عند رجل فرهنه ، ثم اختلاف الراهن والمرتهن ، فقال المرتهن جاءنى برسالتك فى أن أسلفك عشرين

فأعطيته إياها فكذبه الرسول ، فالقول قول الرسول والمرسل . ولا أنظر إلى قيمة الرهن . قال العمراني فيحلف الرسول أنه ما رهنه إلا بعشرة ولا يمين على المرسل ، لأن الرسول هو الذي باشر العقد

قال ابن الصباغ : وعندي أن المرتهن إذا ادعى مع المرسل أنه أذن له في ذلك وقبض منه عشرين بإذنه أن له أن يحلفه ، لأن المرسل لو أقر بذلك لزمه ما قاله ، فاذا أنكره حلف له .

الثانية : ولو صدقه الرسول فقال : قد قبضت منك عشرين ودفعتها إلى المرسل ، وكذبه المرسل ، كان القول قول المرسل مع يمينه ما أمره إلا بعشرة ولا دفع اليه إلا هي ، وكان الرهن بعشرة ، وكان الرسول ضامنا للعشرة التي أقر بقبضها مع العشرة التي أقر بها المرسل - بفتح السين - بقبضها . قال ابن الصباغ وعندي أن المرتهن إذا صدق الرسول أن الراهن أذن له في ذلك لم يكن له الرجوع على الرسول لأنه يقر أن الذي ظلمه هو المرسل

الثالثة : قال الشافعي ولو دفع اليه ثوبا فرهنه عند رجل . وقال الرسول أمرتني برهن الثوب عند فلان بعشرة فرهنته ، وقال المرسل أمرتك أن تستسلف من فلان عشرة بغير رهن . ولم آذن لك في رهن الثوب ، فالقول قول صاحب الثوب والعشرة حالة عليه . ولو كانت المسألة بحالها فقال أمرتك بأخذ عشرة سلفا في عبدي فلان ، وقال الرسول بل في ثوبك هذا أو عبدك هذا العبد غير الذي أقر به الآمر فالقول قول الآمر والعشرة حالة عليه

ويسوق العمراني في البيان المسألة بصورة أخرى فيقول : إذا دفع اليه ثوبا وعبدا وأمره أن يرهن أحدهما عند رجل بشيء يأخذه له منه فرهن الرسول العبد ثم قال المرسل إنما أذنت له في رهن الثوب ، وأما العبد فوديعة ، وقال الرسول أو المرتهن ، إنما أذنت له في رهن العبد ، حلف المرسل أنه ما أذن له في رهن العبد وخرج العبد عن الرهن بيمينه . وخرج الثوب عن الرهن لأنه لم يرهن .

الرابعه : إذا قال المرسل أمرتك برهن الثوب ونهيتك عن رهن العبد ، وأقام على ذلك بينة ، وأقام الرسول بينة أذن له في رهن العبد فيصح ، واذا احتمل هذا

وهـذا فقد وجد من الرسول عقد الرهن على العبد ، والظاهر أنه عقد صحيح ، فلا يحكم ببطلانه لأمر محتمل .

قال المصنف رحمه الله تعالى

﴿ فصل ﴾ وان اتفقا على رهن عين ، ثم وجدت العين فى يد المرتهن ، وقال الراهن قبضته بغير اذنى ، وقال المرتهن بل قبضته بإذنك فالقول قول الراهن لان الاصل عدم الاذن ، ولأنهما لو اختلفا فى أصل العقد والعين فى يد المرتهن كان القول قول الراهن ، فكذلك اذا اختلفا فى الاذن ، فان اتفقا على الاذن فقال الراهن رجعت فى الاذن قبل القبض . وقال المرتهن لم ترجع حتى قبضت فالقول قول المرتهن ، لان الاصل بقاء الإذن ، وان اتفقا على الإذن واختلفا فى القبض فقال الراهن لم تقبضه ، وقال المرتهن بل قبضت ، فان كانت العين فى يد الراهن فالقول قوله لان الاصل عدم القبض ، وان كان فى يد المرتهن فالقول قوله لانه أذن فى قبضه والعين فى يده ، فالظاهر أنه قبضه بحق ، فكان القول قوله . وان قال رهنته وأقبضته ثم رجع ، وقال ما كنت أقبضته حلفوه أنه قبض ، فالمنصوص أنه يحلف .

وقال أبو اسحاق ان قال وكيلى أقبضه وبان لى أنه لم يكن أقبضه حلف . وعليه تأول النص . وان قال أنا أقبضته ثم رجع لم يحلف لان اقراره المتقدم يكذبه . وقال أبو على بن خيران وعامة أصحابنا انه يحلف لانه يمكن صدقه بأن يكون قد وعده بالقبض فأقر به ، ولم يكن قبض .

(الشرح) اذا كان فى يد رجل شىء لغيره فقال من بيده الشىء للمالك رهنتنى هذا بألف هى لى عليك قرضا . وقال المالك بل بعتكه بألف هى لى عليك ثمنا حلف المالك أنه ما رهنه هذا الشىء ، لان الاصل عدم الرهن . ويحلف من بيده الشىء أنه ما اشتراه ، لان الاصل عدم الشراء ، ويبطل العقدان ويسقط المالان ويرد الشىء الى صاحبه . فان قال من بيده الشىء رهنتنيه بألف أقبضتكها ، وقال المالك بل رهنتكه بألف لم أقبضها — فالقول قول المالك مع يمينه — لان الاصل عدم القبض

قال العمرانى فى البيان : وإن قال من بيده العبد (إن كان الرهن عبداً) بعتنيه بألف وقال السيد : رهنتكه بألف ، حلف السيد أنه ما باعه العبد ، فإذا حلف خرج العبد من يد من هو بيده لأن المبيع زال بيمين السيد ، وبطل الرهن ، لأن المالك يقر له به والمرتهن ينكره ، ومتى أنكر المرتهن الرهن زال الرهن ثم قال قال الشيخ أبو إسحاق فى المهذب والمحاملى فى المجموع : فإن قال السيد : رهنتكه بألف قبضتها منى ثمنا حلف كل واحد منهما على نفى ما ادعى عليه ، لأن الأصل عدم العقد ، وعلى السيد الألف ، لأنه مقر بوجوبها . قلت : والذى يقتضى القياس عندى أنه لا يمين على الذى بيـــده العبد لأنه ما ارتهن العبد لما ذكرناه فى المسألة قبلها .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن رهن عصيرا وأقبضه ، ثم وجده خمرا فى يد المرتهن فقال : أقبضتنيه وهو خمر ، فلى الخيار فى فسخ البيع . وقال الراهن : بل أقبضتكه وهو عصير ، فصار فى يدك خمرا ، فلا خيار لك ، ففيه قولان .

(أحدهما) أن القول قول المرتهن ، وهو اختيار المزنى ؛ لأن الراهن يدعى قبضاً صحيحا ، والأصل عدمه .

(والثانى) أن القول قول الراهن ، وهو الصحيح ، لأنهما اتفقا على العقد والقبض ، واختلفا فى صفة يجوز حدوثها فكان القول قول من ينفى الصفة ، كما لو اختلف البائع والمشترى فى عيب بعد القبض ، وإن اختلفا فى العقد فقال المرتهن رهنتنيه وهو خمر . وقال الراهن : بل رهنتكه وهو عصير . فصار عندك خمرا ، فقد اختلف أصحابنا فيه ، فقال أكثرهم : هى على قولين .

وقال أبو على بن أبى هريرة : القول قول المرتهن قولا واحدا ، لأنه ينكر العقد والأصل عدمه . فإن رهن عبدا فأقبضه فى محمل أو ملفوفا فى ثوب ، ووجد ميتا . فقال المرتهن أقبضتنيه وهو ميت ، فلى الخيار فى فسخ البيع . وقال الراهن أقبضتكه حيا ثم مات عندك ، فلا خيار لك ففيه طريقان .

(أحدهما) وهو الصحيح : أنه على القولين كالعصير (والثانى) وهو قول

أبي على الطبرى أن القول قول المرتهن ، لأن هذا اختلاف فى اصل القبض لأن الميت لا يصح قبضه ، لانه لا يقبض إلا ظاهراً ، بخلاف العصير ، فانه يقبض فى الظرف ، والظاهر منه الصحة .

(الشرح) الاحكام : إذا رهنه عينا فوجدت فى يد المرتهن ، فقال المرتهن . قبضتها بإذنك رهنا . وقال الراهن لم آذن لك بقبضها ، وإنما غصبتنيها أو أجرتها منك ، فقبضتها عن الإجارة فالقول قول الراهن مع يمينه ، لأن الأصل عدم الإذن ، وإن اتفقا على الرهن والإذن والقبض ، ولكن قال الراهن رجعت فى الاذن قبل أن يقبض ؛ وقال المرتهن لم ترجع : ولم تقم بينة على الرجوع فالقول قول المرتهن مع يمينه أنه ما يعلم أنه رجع ، لان الاصل عدم الرجوع .

وان اتفقا على الرهن والاذن ، واختلفا فى القبض ، فقال الراهن . لم تقبض وقال المرتهن بل قبضت . قال الشافعى فى موضع القول قول المرتهن وقال فى موضع القول قول الراهن قال أصحابنا ليست على قولين وإنما هى على حالين فان كانت العين فى يد الراهن فالقول قول الراهن لأن الاصل عدم القبض والذى يقتضى المذهب عندى أن يحلف أنه ما يعلم أنه قبض ، لا يحلف على نفى فعل غيره ، وإن كانت العين فى يد المرتهن حلف أنه قبض لان الظاهر أنه قبض بحق ،

(فرع) وإن أقر أنه رهن عند غيره عينا وأقبضه إياها ثم قال الراهن لم يكن قبضها ، وأراد منعه من القبض لم يقبل رجوعه عن إقراره بالقبض ، لان إقراره لازم ، فإن قال الراهن للمرتهن . احلف أنك قبضتها . قال الشافعى رضى الله عنه أحلفته . قال فى البيان واختلف أصحابنا فيه فقال أبو اسحاق ان كان المرهون غائبا فقال أقررت بالقبض لان وكيلى أخبرنى أنه أقبضه ثم بان لى أنه لم يقبضه أحلف المرتهن لانه لا يكذب لنفسه ، وانما يدعى أمرا محتملا . فأما اذا كان الرهن حاضرا أو أقر أنه أقبضه بنفسه ثم رجع . وقال لم يقبض ، لم تسمع دعواه ، ولم يحلف المرتهن لانه يكذب نفسه .

وقال أبو على بن خيران وعامة أصحابنا يحلف المرتهن بكل حال وهو ظاهر نص الشافعى رضى الله عنه أما مع غيبة الرهن فلما ذكر الشيخ أبو اسحاق مع

حضوره فلأنه قد يستنيب غيره بالإقباض ، فيخبره بأن المرتهن قد قبض ، ثم يبين له أنه خان فى إخباره ، وأيضاً فإنه قد يعده بالإقباض مقر له به قبل فعله ، فكانت دعواه محتملة . قالوا : وهكذا لو أن رجلا أقر بأنه أقبض من رجل ألفاً ثم قال بعد ذلك : لم أقبضها ، وإنما وعدنى أن يقرضنى فأقررت به ثم لم يفعل استحلف المقرض ، لأنه لا يكذب نفسه ، فأما إذا شهد شاهدان بأنه رهنه عبده وأقبضه ثم ادعى أنه لم يقبضه ، وطلب يمين المرتهن لم تسمع دعواه ، ولم يحلف المقر له ، لأن فى ذلك قدحا فى البينة اه .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن كان لرجل عبد ، وعليه ألفان لرجلين لكل واحد منهما ألف فادعى كل واحد منهما أنه رهن العبد عنده بدينه ، والعبد فى يد الراهن أو فى يد العدل نظرت ، فإن كذبهما فالقول قوله مع يمينه ، لأن الاصل عدم الرهن ، وإن صدقهما وادعى الجهل بالسابق منهما فالقول قوله مع يمينه ، فاذا حلف فسخ الرهن على المنصوص ، لانه ليس أحدهما بأولى من الآخر فبطل ، كما لو زوج امرأة وليان من رجلين ، وجهل السابق منهما ، ومن أصحابنا من قال : يجعل بينهما نصفين ، لانه يجوز أن يكون مرهونا عندهما بخلاف الزوجة ، وإن صدق أحدهما وكذب الآخر أو صدقهما وعين السابق منهما ، فالرهن للمصدق . وهل يحلف للآخر ؟ فيه قولان .

(أحدهما) يحلف (والثانى) لا يحلف بناء على القولين فيمن أقر بدار لزيد . ثم أقر بها لعمرو ، فهل يغرم لعمرو شيئا أم لا ؟ فيه قولان . فان قلنا لا يغرم لم يحلف ، لانه إن نكل لم يغرم فلا فائدة فى عرض اليمين ، وان قلنا يغرم حلف لانه ربما نكل فيغرم للثانى قيمته ، فان قلنا لا يحلف فلا كلام . وان قلنا يحلف نظرت ؛ فان حلف انصرف الآخر ، وإن نكل عرضت اليمين على الثانى ، فان نكل انصرف ، وإن حلف بنينا على القولين فى يمين المدعى مع نكول المدعى عليه . فان قلنا انها كالبينة نزع العبد وسلم الى الثانى . وان قلنا انه كالإقرار ، ففيه ثلاثة أوجه .

أحدها : أنه ينفسخ لانه أقر لهما وجهل السابق منهما .

والثانى : يجعل بينهما لانهما استويا ، ويجوز أن يكون مرهونا عندهما لجعل بينهما . والثالث : يقر الرهن فى يد المصدق ويغرم للآخر قيمته ، ليكون رهنا عنده ، لانه جهل كأنه أقر بأنه حال بينه وبين الرهن فلزمه ضمانه ، وان كان العبد فى يد أحد المرتهنين نظرت ، فان كان فى يد المقر له أقر فى يده ، لانه اجتمع له اليد والإقرار ؟ وهل يحلف للثانى ؟ على القولين ، فان كان فى يد الذى لم يقر له فقد حصل لاحدهما اليد وللآخر الإقرار ، وفيه قولان ،

(أحدهما) يقدم الإقرار لانه يخبر عن أمر باطن .

(والثانى) يقدم اليد وهو قول المزنى ، لأن الظاهر معه ، والاول أظهر ، لان اليد انما تدل على الملك لا على العقد ، وان كان فى يدهما فللمقر له الإقرار . واليد على النصف . وفى النصف الآخر له الاقرار . وللآخر يد ، وفيه قولان . أحدهما : يقدم الاقرار فيصير الجميع رهنا عند المقر له . والثانى يقدم اليد فيكون الرهن بينهما نصفين .

(الشرح) الاحكام : اذا باعه شيئا بشرط أن يرهنه عصيراً فرهنه العصير . وقبض المرتهن فوجد خمراً . فقال المرتهن : أقبضتنيه خمراً فلى الخيار فى فسخ البيع . وقال الراهن : بل صار خمراً بعد أن أخذته فى يدك فلا خيار لك : ففيه قولان . أحدهما : أن القول قول المرتهن مع يمينه . وهو قول أبى حنيفة والمزنى لان الراهن يدعى قبضا صحيحا والاصل عدمه . والثانى : أن القول قول الراهن وهو الصحيح لانهما قد اتفقا علـى العقد والتسليم . واختلفا فى تغير صفته . والاصل عدم التغيير . وبقاء صفته كما لو باعه شيئا وقبضه فوجد به عيب فى يد المشترى يمكن حدوثه بيده . فان القول قول البائع . وان قال المرتهن : رهنتنيه وهو خمر . وقال الراهن : رهنتكه وهو عصير . وقبضته عصيراً . وانما صار خمرا فى يدك . فاختلف أصحابنا فيه . فقال أبو على بن أبى هريرة : القول قول المرتهن قولا واحدا ، لانه ينكر أصل العقد . وقال عامة أصحابنا هى على قولين كالتى قبلها وهو المنصوص فى مختصر المزنى والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

﴿ فصـل ﴾ وإن رهن عبداً وأقبضه ثم أقر أنه جنى قبل الرهن على رجل وصدقه المقر له ، وأنكر المرتهن ففيه قولان (أحدهما) أن القول قول المرتهن وهو اختيار المزنى لأنه عقد اذا تم منع البيع فمنع الاقرار كالبيع (والثانى) أن القول قول الراهن ، لأنه أقر فى ملكه بما لا يجر نفعا إلى نفسه فقبل إقراره كما لو لم يكن مرهونا ، ويخالف هـذا اذا باعه لأن هناك زال ملكه عن العبد فلم يقبل اقراره عليه وهذا باق على ملكه فقبل اقراره عليه ، فان قلنا ان القول قول الراهن فهل يحلف ؟ فيه قولان (أحدهما) لا يحلف لان اليمين انما يعرض ليخاف فيرجع إن كان كاذباً والراهن لو رجع لم يقبل رجوعه ، فلا معنى لعرض اليمين ، ولأنه أقر فى ملكه لغيره فلم يحلف عليه كالمريض اذا أقر بدين (والثانى) يحلف لأنه يحتمل أن يكون كاذباً بأن واطأ المقر له ليسقط بالإقرار حق المرتهن فحلف فاذا ثبت أنه رهنه وهو جان ففى رهن الجانى قولان (أحدهما) أنه باطل (والثانى) أنه صحيح ، وقد بينا ذلك فى أول الرهن ، فإن قلنا انه باطل وجب بيعه فى أرش الجناية ؛ فإن استغرق الارش قيمته بيع الجميع ، وإن لم يستغرق بيع منه بقدر الارش . وفى الباقى وجهان

(أحـدهما) أنه مرهون لأنه إنما حكم ببطلانه لحق المجنى عليه ، وقد زال . (والثانى) أنه لا يكون مرهونا لأنا حكمنا ببطلان الرهن من أصله فلا يصير مرهونا من غير عقد ، وإن قلنا إنه صحيح فإن استغرق الارش قيمته بيع الجميع وان لم يستغرق بيع منه بقدر الارش ويكون الباقى مرهونا ، فإن اختار السيد أن يفديه على هـذا القول فبكم يفديه ؟ فيه قولان (أحدهما) يفديه بأقل الأمرين من قيمته أوأرش الجناية (والثانى) يفديه بأرش الجناية بالغا ما بلغ أو يسلم المبيع فان قلنا إن القول قول المرتهن لم يقبـل قوله من غير يمين . لأنه لو رجع قبل رجوعه فحلف فاذا ثبت أنه غير جان فهل يغرم الراهن أرش الجنـاية ؟ ففيه قولان بناء على القولين فيمن أقر بدار لزيد ثم أقر بها لعمرو . أحدهما يغرم لأنه منع بالرهن حق المجنى عليه . والثانى لا يغرم لأنه إن كان كاذباً فلا حق عليـه ؛

وإن كان صادقا وجب تسليم العبد ، فإن قلنا انه لا يغرم فرجع اليه تعلق الارش برقبته كما لو أقر على رجل أنه أعتق عبده ثم ملك العبد فإنه يعتق عليه . وان قلنا يغرم فكم يغرم؟ فيه طريقان . من أصحابنا من قال فيه قولان كالقسم قبله . ومنهم من قال يغرم أقل الامرين قولا واحداً ، لأن القول الثاني انما يجيء في الموضع الذي يمكن بيعه فيمتنع . وههنا لا يمكن بيعه فصار كجناية أم الولد ، وان نكل المرتهن عن اليمين فعلى من ترد اليمين ؟ فيه طريقان

(أحدهما) ترد على الراهن وان نكل ؛ فهل ترد على المجنى عليه . فيه قولان كما قلنا في غرماء الميت . ومن أصحابنا من قال نرد اليمين على المجنى عليه أولا ، فإن نكل فهل ترد على الراهن . على قولين لأن المجنى عليه يثبت الحق لنفسه وغرماء الميت يثبتون الحق للميت .

(الشرح) الاحكام : في هذا الفصل وان كان المثل فيها بالعبد ، وكان المثل لا يقتضيه ولا يسوغه عصرنا ، لما قام عليه الاجماع البشرى من تحرير الرقاب الآدمية ، وكان هذا من مقاصد الشريعة السمحة ، وأهدافها وغاياتها ، على ما سنبينه ان شاء الله تعالى في أبواب العتق ، فإنه يمكن أن ينطابق الحكم على نحو شيء آخر يمتلك ويرتهن ويقع عليه الخلاف احتمالا ، فنقول وبالله التوفيق :

اذا كان لرجلين على رجل مائتا دينار ، ولكل واحد منهما مائة وله سيارة ، فادعى عليه كل واحد منهما أنه رهن عنده السيارة وأقبضه اياها ولا بينة لهما ، فان كذبهما حلف لكل واحد منهما يمينا ، لان الاصل عدم الرهن ، سواء كانت السيارة في أيديهما أو في يده لأن اليد لا ترجح بها في العقد ، وان صدق أحدهما وكذب الآخر حكم بالرهن للمصدق ، وسواء كانت السيارة في يد المصدق أو المكذب ، وهل يحلف الراهن المكذب ، فيه قولان بناء على من أقر بدار لزيد ثم أقر بها لعمرو ، هل يغرم لعمرو قيمتها . فيه قولان ، فان قلنا يغرم حلف ها هنا لجواز أن يخاف اليمين فيقر للمكذب فيثبت له القيمة .

فان قلنا لا يغرم لم يحلف ، لأنه لو أقر له بعد الإقرار الاول لم يحكم له بشيء فلا فائدة في تحليفه ، وان أقر لهما بالرهن والتسليم فادعى كل واحد منهما أنه هو

السابق بالرهن والتسليم رجع إلى الراهن . فإن قال لا أعلم السابق منكما بذلك فان صدقاه أنه لا يعلم ولا بينة لهما ففيه وجهان (أحدهما) وهو المنصوص أن الرهن ينفسخ لأنهما قد استويا فى ذلك ، والبيان من جهته قد تعذر ، فحكم بانفساخ العقدين كما تقول فى المرأة اذا زوجها وليان لها من رجلين، وتعذر معرفة السابق منهما ، والثانى يقسم بينهما لأنه يمكن قسمته بينهما ، ويمكن أن يكون رهن عند كل واحد منهما نصفه .

وإن كذباه وقالا بل نعلم السابق من العقدين والتسليم فيه فالقول قول الراهن مع يمينه لأن الاصل عدم العلم ، قال الشيخ أبو حامد : فيحلف لكل منهما يميناً أنه لا يعلم أنه السابق ، فاذا أحلف لهما كانت على وجهين سبق ذكرهما ، حيث قلنا : المنصوص أنه ينفسخ العقدان . والوجه الثانى يقسم بينهما

وإن نكل عن اليمين - أى خاف منها وامتنع من أدائها - عرضنا اليمين عليهما فان حلف كل واحد منهما أن الراهن يعلم أنه السابق . قال ابن الصباغ :كانت على الوجهين الأولين . المنصوص أن الرهنين ينفسخان . والثانى يقسم بينهما . وان حلف أحدهما ونكل الآخر حكم بالرهن للحالف دون الآخر

وإن اعترف الراهن أنه يعلم السابق منهما ، وقال هذا هو السابق - لم يخل اما أن يكون الرهن فى يد الراهن أو فى يد أجنبى ، أو فى يد المقر له بالسبق حكم بالرهن المقر له لأنه اجتمع له اليد والإقرار ، وهل يحلف الراهن الآخر . فيه قولان . وحكاهما الشيخ ابو حامد وجهين : المنصوص أنه لا يحلف له لأنه ربما خاف من اليمين وأقر للثانى لم ينزع الرهن ، فتؤخذ منه القيمة فيكون رهنا مكانه . فاذا قلنا لا يمين عليه فلا كلام ، وان قلنا عليه اليمين نظرت ، فان حلف للثانى انصرف ، وان أقر للثانى أنه رهنه أولا وأقبضه وخاف من اليمين رفضنا هذا الإقرار فى حق المقر له أولا بانتزاع الرهن منه ، ولكن يؤخذ من المقر قيمة الرهن وتجعل رهنا عند المقر له الثانى ، لأنه حال بينه وبينه باقراره المتقدم قال فى البيان: وان نكل عن اليمين ردت على الثانى ، وان لم يحلف قلنا له اذهب فلا حق لك ؛ وان حلف ، فان قلنا ان يمين المدعى مع نكول المدعى عليه كالبينة انتزع الرهن من الاول وسلم الى الثانى

قال الشيخ أبو حامد وابن الصباغ : إلا أن أصحابنا لم يفرعوا على هذا القول وهذا يدل على ضعفه

قال العمرانى : وإن قلنا إن يمين المدعى مع نكول المدعى عليه كالاقرار ، فذهب أبو إسحاق فى المهذب فى هذا ثلاثة أوجه

(أحدها) ولم يذكر فى التعليق والشامل غيره ، أن الرهن لا ينزع من يد الاول ، ويلزم المقر أن يدفع قيمته الى المقر له الثانى ليكون رهناعنده لأنه حال بينه وبينه باقراره الاول .

(والثانى) يجعل بينهما لأنهما استويا فى الاقرار ؛ ويجوز أن يكون مرهوناعنده منهما

(والثالث) ينفسخ الرهنان لأنه أقر لهما ، وجهل السابق منهما ، وان كان الرهن فى يد الذى لم يقر له ، فقد حصل لأحدهما الاقرار وللآخر اليد ، وفيه قولان (أحدهما) أن صاحب اليد أولى ، فيكون القول قوله مع يمينه أنه السابق كما لو قال « بعت هذا العبد من أحدهما » وكان فى يد أحدهما فالقول قوله مع يمينه (والثانى) أن القول قول الراهن أن الآخر هو السابق ، لأنه اذا اعترف أن السابق هو الآخر فهو يقر أنه لم يرهن من بيده شيئا ، ومن بيده يدعى ذلك ، كما لو ادعى عليه أنه رهنه

فإذا قلنا بهذا فهل يحلف الراهن لمن بيده ؟ على القولين فيمن أقر لزيد بدار ثم أقر بها لعمرو على ما سبق ، وان كان الرهن فى يد المرتهنين فقد اجتمع لأحدهما اليد والاقرار فى النصف ، فيكون أحق به ، وهل يحلف للآخر عليه ، على القولين

وأما النصف الذى فى يد الآخر فهل اليد أقوى أم الاقرار ، على القولين الاولين ، فان قلنا ان اليد أقوى حلف من هو بيده عليه وكان رهنا بينهما . وهل يحلف لمن يقر له على النصف الذى بيد المقر له ، على القولين

فان قلنا الاقرار أولى انتزع الرهن لجعل رهنا للمقر له . وهل يحلف للآخر على جميعه ، على القولين فيمن أقر بدار لزيد ، ثم أقر بها لعمرو ، والمنصوص أنه لا يحلف .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصـل) وإن أعتق الراهن العبد المرهون ثم اختلفا فقال الراهن أعتقته باذنك ، وأنكر المرتهن الإذن فالقول قوله لان الاصل عـدم الاذن ، فإن نكل عن اليمين حلف الراهن وان نكل الراهن فهل ترد على العبد ؟ فيه طريقان .

(احدهما) أنه على قولين بناء على رد اليمين على غرماء الميت . قال فى الجديد لاترد ، لانه غير المتراهنين فلا ترد عليه اليمين ، وقال فى القديم : ترد لانه يثبت لنفسه حقا باليمين ، ومن أصحابنا من قال : ترد اليمين على العبد قولا واحداً لأن العبد يثبت باليمين حقا لنفسه وهو العتق خلاف غرماء الميت .

(فصل) وإن كان المرهون جارية فادعى الراهن أنه وطئها بإذن المرتهن ، فأتت بولد لمدة الحمل وصدقه المرتهن ، ثبت نسب الولد وصارت الجارية أم ولد وان اختلفا فى الاذن أو فى الولد أو فى مدة الحمل فأنكر المرتهن شيئاً من ذلك فالقول قوله ، لأن الاصل فى هذه الاشياء العدم .

(فصل) فان كان عليه ألف برهن وألف بغير رهن فدفع اليه ألفا ثم اختلفا نظرت ، فان اختلفا فى اللفظ فادعى المرتهن أنه قال هى عن الالف التى لا رهن بها . وقال الراهن بل قلت هى عن الألف التى بها الرهن ، فالقول قول الراهن لأنه منه ينتقل إلى المرتهن . فكان القول قوله فى صفة النقـل . وان اختلفا فى النية فقال الراهن نويت أنها عن الالف التى بها الرهن . وقال المرتهن بل نويت أنها عن الالف التى لا رهن بها فالقول قول الراهن لما ذكرناه فى اللفظ ، ولانه أعرف بنيته ، وإن دفع اليه الألف من غير لفظ ولا نية ففيه وجهان . قال أبو إسحاق يصرفه إلى ماشاء منهما ، كما لو طلق إحدى المرأتين . وقال أبو على بن أبى هريرة يجعل بينهما نصفين لانهما استويا فى الوجوب فصرف القضاء اليهما .

(فصل) وإن أبرأ المرتهن الراهن عن الالف ثم اختلفا نظرت . فان اختلفا فى اللفظ فادعى الراهن أنه قال أبرأتك عن الالف التى بها الرهن . وقال المرتهن بل قلت أبرأتك من الالف التى لا رهن بها فالقول قول المرتهن . لانه هو الذى يبرىء ، فكان القول فى صفة الابراء قوله : فان اختلفا فى النية فقال الراهن :

نويت الابراء عن الألف التى بها الرهن ، وقال المرتهن نويت الابراء عن الألف التى لا رهن بها ، فالقول قول المرتهن ، لما ذكرناه فى اللفظ ، ولأنه أعرف بنيته فإن أطلق صرفه إلى ما شاء منهما فى قول أبى إسحاق ، وجعل بينهما فى قول أبى على بن أبى هريرة .

﴿ فصل ﴾ وان ادعى المرتهن هلاك الرهن فالقول قوله مع يمينه ، لأنه أمين ، فكان القول قوله فى الهلاك كالمودع ، وإن ادعى الرد لم يقبل قوله ، لأنه قبض العين لمنفعة نفسه فلم يقبل قوله فى الرد كالمستأجر .

(فصل) وان كان الرهن على يد عدل قد وكل فى بيعه فاختلفا فى النقد الذى يبيع به باعه بنقد البلد ، فإن كان فى البلد نقدان متساويان باع بما هو أنفع للراهن لانه ينفع الراهن ولا يضر المرتهن ، فوجب به البيع ؛ فإن كانا فى النفع واحداً فان كان أحدهما من جنس الدين باع به ، لأنه أقرب إلى المقصود ، وهو قضاء الدين ، فان لم يكن واحد منهما من جنس الدين باع بأيهما شاء ، لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر ثم يصرف الثمن فى جنس الدين .

(الشرح) الأحكام : أظهر ما يدخل فى هذا الفصل أنه إذا كاتب عبداً ثم أقر أنه كان جنى قبل ذلك لم يقبل إقراره بذلك لان المكاتب بمنزلة من زال ملكه عنه لأن أرش الجناية لا يرجع عليه ، وان كاتبه ثم أقر أنه أعتقه أو باعه قبل ذلك . قال الشيخ أبو حامد : عتق فى الحال وسقط المال عنه لان اقراره بذلك ابراء منه له من مال الكتابة وكلام المصنف فى سائر الفصل ظاهر . والفصول الاخرى بعضها ظاهر المعنى ، والآخر مر فى الباب أحكامه وتفصيله فلا حاجة بنا للإطالة فى اعادته وبالله التوفيق .

قال المصنف رحمه الله تعالى .

باب التفليس

اذا كان على رجل دين ، فان كان مؤجلا لم يجز مطالبته ؛ لانا لو جوزنا مطالبته سقطت فائدة التأجيل ، فان أراد سفرا قبل محل الدين ، لم يكن للغريم منعه ، ومن أصحابنا من قال ان كان السفر مخوفا كان له منعه ، لانه لا يأمن أن يموت فيضيع دينه ، والصحيح هو الاول ، لانه لا حق له عليه قبل محل الدين ، وجواز أن يموت لا يمنع من التصرف فى نفسه قبل المحل ، كما يجوز فى الحضر أن يهرب ثم لا يملك حبسه لجواز الهرب ، وان قال أقم لى كفيلا بالمال ، لم يلزمه ، لانه لم يحل عليه الدين فلم يملك المطالبة بالكفيل ، كما لو لم يرد السفر ، وان كان الدين حالا نظرت ؛ فان كان معسرا لم يجز مطالبته لقوله تعالى « وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة » ، ولا يملك ملازمته لأن كل دين لا يملك المطالبة به لم يملك الملازمة عليه كالدين المؤجل ، فان كان يحسن صنعة فطلب الغريم أن يؤجر نفسه ليكسب ما يعطيه لم يجبر على ذلك لانه اجبار على التكسب فلم يجز كالاجبار على التجارة ، وان كان موسرا جازت مطالبته لقوله تعالى « وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة » .

فدل على أنه اذا لم يكن ذا عسرة لم يجب انظاره ؛ فان لم يقضه ألزمه الحاكم ؛ فان امتنع ، فان كان له مال ظاهر باعه عليه لما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال « ألا ان الأسيفع أسيفع جهينة رضى من دينه أن يقال سبق الحاج فادّان معرضا فأصبح وقد رين به ، فمن له دين فليحضر ، فانا بايعو ماله وقاسموه بين غرمائه ، وان كان له مال كتمه حبسه وعزره حتى يظهره ، فان ادعى الاعسار نظرت ، فان لم يعرف له قبل ذلك مال فالقول قوله مع يمينه لان الاصل عدم المال ، فان عرف له مال لم يقبل قوله ، لأنه معسر الا ببينة ، لان الاصل بقاء المال ، فان قال غريمى يعلم أنى معسر ، أو أن مالى هلك فحلفوه حلف ، لأن ما يدعيه محتمل ، فان أراد أن يقيم البينة على هلاك المال قبل فيه شهادة عدلين .

فان أراد أن يقيم البينة على الإعسار لم يقبل الا بشهادة عدلين من أهل الخبرة والمعرفة بحاله ، لأن الهلاك يدركه كل أحد والاعسار لا يعلمه الا من يخبر باطنه ، فان أقام البينة على الاعسار وادعى الغريم أن له مالا باطنا فطلب اليمين عليه ، ففيه قولان (أحدهما) لا يحلف ، لأنه أقام البينة على ما ادعاه فلا يحلف ، كما لو ادعى ملكا وأقام عليه البينة .

(والثانى) يحلف لأن المال الباطن يجوز خفاؤه على الشاهدين ، فجاز عرض اليمين فيه عند الطلب ، كما لو أقام عليه البينة بالدين وادعى أنه أبرأه منه ، وان وجد فى يده مال فادعى أنه لغيره نظرت ، فان كذبه المقر له بيع فى الدين لأن الظاهر أنه له ، وان صدقه سلم اليه .

فان قال الغريم أحلفوه لى أنه صادق فى اقراره ففيه وجهان (أحدهما) يحلف لأنه يحتمل أن يكون كاذباً فى اقراره (والثانى) لا يحلف وهو الصحيح ، لأن اليمين تعرض ليخاف فيرجع عن الاقرار، ولو رجع عن الاقرار لم يقبل رجوعه فلا معنى لعرض اليمين .

(الشرح) خبر عمر رضى الله عنه رواه مالك فى الموطأ والدارقطنى وابن أبى شيبة والبيهقى وعبد الرزاق بالفاظ سنوردها

أما لغات الفصل فان الفلس مأخوذ من الفلوس وهو أخس مال الرجل ، لأن أقل صنوف النقود هو الفلس وهو عند اخواننا أهل العراق والشام يساوى مليما عند أهل مصر والسودان والهللة عند اخواننا أهل الحجاز ونجد ، والبقشة عند اخواننا أهل اليمن ، وقد دخل لفظ الفلس فى لغات أهل أوربا بلهجتهم ، فقالوا البنس والبيزا .

قال فى المصباح : وبعضهم يقول أفلس الرجل أى صار ذا فلوس بعد أن كان ذا دراهم فهو مفلس ، والجمع مفاليس ، وحقيقته الانتقال من حالة اليسر الى حالة العسر ، وفلسه القاضى تفليسا نادى عليه وشهره بين الناس بأنه صار مفلسا والفلس الذى يتعامل به جمعه فى القلة أفلس وفى الكثرة فلوس .

ومن هنا كان المفلس هو الذى يملك مالا تافها ، وقد ورد فى الحديث هو

الذى لا مال له ، فقد أخرج مسلم أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال « أتدرون من المفلس . قالوا يا رسول المفلس فينا من لا درهم له ولا متاع ، قال ليس ذلك المفلس . ولكن المفلس من يأتى يوم القيامة بحسنات أمثال الجبال . ويأتى وقد ظلم هذا ولطم هذا وأخذ من عرض هذا ، فيأخذ هذا من حسناته وهـــذا من حسناته فان بقى عليه شىء أخذ من سيئاتهم فرد عليه ثم صك له صك الى النار » فقولهم ذلك اخبار عن حقيقة المفلس والرسول صلى الله عليه وسلم لم يرد نفى الحقيقة . بل أراد أن فلس الآخرة أشد وأعظم بحيث يصير مفلس الدنيا بالنسبة اليه كالغنى وذلك نحو قوله صلى الله عليه وسلم « ليس الشديد بالصرعة ولكن الشديد الذى يغلب نفسه عند الغضب »

وقوله صلى الله عليه وسلم « ليس الغنى عن كثرة العرض ، ولكن الغنى غنى النفس » وقوله « ليس السابق من سبق بعيره . وانما السابق من غفر له » وقول الشاعر : ليس من مات فاستراح بميت انما الميت ميت الاحياء

وسموه مفلساً لأن ماله مستحق . وفى اصطلاح الفقهاء : من دينه أكثر من ماله وخرجه أكثر من دخله

الصرف فى جهة دينه فكأنه معدوم . وقوله الاسيفع تصغير أسفع والانثى سفعاء . والسفعة سواد مشرب بحمرة

الاحكام : اذا كان على الرجل دين فلا يخلو اما أن يكون حالا أو مؤجلا . فان كان حالا فان كان معسراً لم تجز مطالبته لقوله تعالى « فنظرة الى ميسرة » ولا يجوز لغريمه ملازمته وبه قال مالك . وقال أبو حنيفة ليس للغريم مطالبته ولكن له ملازمته فيسير معه حيث سار ويجلس معه حيث جلس الا أنه لا يمنعه من الاكتساب . واذا رجع الى داره فان أذن لغريمه بالدخول معه دخل معه وان لم يأذن له بالدخول كان للغريم منعه من الدخول

دليلنا قوله تعالى « وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة » فأمر بانظار المعسر فمن قال انه يلازمه خالف ظاهر الآية . وروى أن رجلا ابتاع ثمرة فأصيب بها فقال النبى (ص) تصدقوا عليه فتصدقوا عليه فلم يف بما عليه . ثم قال تصدقوا عليه فتصدقوا عليه فلم يف بما عليه . فقال النبى (ص) لغرمائه « خذوا ماوجدتم

ما لكم غيره ، وهذا نص ، ولأن كل من لا مطالبة له لم يجز ملازمته ، كما لو كان الدين مؤجلا : فإن كان الذى عليه الدين يحسن صنعة لم يجبر على الاكتساب بها ليحصل ما يقضى به دينه .

وهـذا من أعظم مقاصد الشريعة الغراء في أن الحرية الشخصية أثمن من كل شيء فلا يعدلها مال ولا دين ، ولا يقيدها غريم ولا سـلطان ، بل ان اكتسب وحصل معه مال يفضل عن نفقته ونفقة من تلزمه نفقته قضى به الدين . وبه قال مالك وأبو حنيفة وعامة أهل العلم ما دام معسراً

وقال أحمد وإسحاق بن راهويه يجبر على الاكتساب لقضاء الدين ، وبه قال عمر بن العزيز وعبيد الله بن الحسن العنبري وسوار القاضي

دليلنا حديث الرجل الذى ابتاع الثمرة فأمر النبي (ص) غرماءه أن يأخذوا ما معه وقال « خذوا ما وجدتم ما لكم غيره » ولم يأمره بالاكتساب لهم ، ولأن هـذا إجبار على الاكتساب فلم يجب ذلك ، كما لا يجبر على قبول الوصية ، وكذلك لو تزوج امرأة بمهر كبير لم يجبر على طلاقهـا قبل الدخول ليرجع اليه نصفه ، فإن كان موسراً جازت مطالبته لقوله تعالى « وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة » فأوجب إنظار المعسر ، فدل على أن الموسر لا يجب إنظاره ، فان لم يقضه أمره الحاكم بالقضاء ، فان لم يفعل — فان كان له مال ظاهر — باع الحاكم عليه ماله وقضى الغريم ، وان قضى الحاكم الغريم شيئا من مال من عليـه الدين جاز ، وبه قال مالك وأبو يوسف ومحمد . وقال أبو حنيفة لا يجوز أن يبيع ماله عليه ولكن يحبسه حتى يقضى الدين بنفسه

وان كان الدين مؤجلا لم يجز مطالبته به قبل حلول الأجل ، لأن ذلك يسقط فائدة التأجيل ، فاذا أراد أن يسافر قبل حلول الدين سفراً يزيد على الأجل نظرت فان كان لغير الجهاد لم يكن للغريم منعه ولا مطالبته بأن يقيم له كفيلا بدينه ولا أن يعطيه رهنـاً .

قال الشافعي رضى الله عنه : ويقال له حقك حيث وضعته ، يعنى أنك رضيت حال العقد أن يكون مالك عليه بلا رهن ولا ضمين ، وحكى أصحابنا عن مالك رحمه الله أنه قال : له مطالبته بالكفيل أو الرهن

دليلنا أنه ليس له مطالبته بالحق فلم يكن له مطالبته بالكفيل والرهن ، كما لو لم يرد السفر .

وإن كان السفر للجهاد ففيه وجهان ، من أصحابنا من قال له منعه إلى أن يقيم له كفيلا أو يعطيه رهناً بدينه ، لأن الشافعي رحمه الله قال : ولا يجاهد إلا بإذن أهل الدين ، ولم يفرق بين الحال والمؤجل ، ولأن المجاهد يعرض نفسه للقتل طلباً للشهادة ، فلم يكن بد من إقامة الكفيل أو الرهن ، ليستوفى صاحب الدين دينه منه . فإذا حل الدين وكان له مال ظاهر باع الحاكم عليه ماله وقضى الدين . دليلنا ما روى أن عمر رضى الله عنه صعد المنبر وقال : ألا إن الأسيفع أسيفع جهينة رضى من دينه ، فادان معرضاً فأصبح وقد رين به ، فمن كان له دين فليحضر فإنا بايعوا ماله . وروى : رضى من دينه وأمانته أن يقال سابق الحاج ، وروى سبق الحاج فادان معرضا فأصبح قد رين به ، فمن كان له عليه دين فليحضر غداً فإنا بايعوا ماله وقاسموه بين غرمائه . وروى : فمن كان له دين فليغد بالغداة فلنقسم ماله بينهم بالحصص . وإن هذا بجمع من الصحابة رضى الله عنهم ولم ينكر عليه أحد ، فدل على أنه إجماع

قوله « فادان معرضا » أى أنه يتعرض الناس فيستدين ممن أمكنه ويشترى به الإبل الجياد ، ويروح فى الحاج فيسبق الحاج وقوله « فأصبح قد رين به » يقال رين بالرجل إذا وقع فيما لا يستطيع الخروج منه ولا قبل له به ، ويقال إنما عليك وعلاك قد ران بك وران عليك . قال الله تعالى « كلا بل ران على قلوبهم ما كانوا يكسبون » قال الحسن : هو الذنب على الذنب حتى يسود القلب .

وإن امتنع من عليه الدين من القضاء وكتم ماله عزره الحاكم وحبسه الى أن يظهر ماله ، والدليل عليه قوله صلى الله عليه وسلم « لىّ الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته » رواه الشيخان وأبو داود والنسائى والبيهقى والحاكم وابن حبان وصححه عن عمرو بن الشريد عن أبيه عن النبي (ص) . قال وكيع : عرضه شكايته ، وعقوبته حبسه .

(قلت) لم يرد أن يقذفه أو يطعن فى نسبه ، إنما يوصف بالظلم والعدوان . وقوله « لىّ الواجد » اللى المطل . يقال لويته ألويه ليا

وأما إذا لم يكن له مال وقال : أنا معسر وكذبه الغريم نظرت ، فإن حصل بمعاوضة كالديون التجارية وهى تختلف فى عصرنا هذا عن الديون المدنية ؛ وهى فى عرف الفقهاء أعنى ديون المعاوضة مثل البيع والسلم والقرض فتشمل الديون المدنية والتجارية ، أما غير المعاوضة فهى الديون الجنائية ومهر الزوجة ، أقول إذا كان الدين من الصنف الأول ، وأنه قد صرف له قبل ذلك لم تقبل دعواه أنه معسر ، لأنه قد ثبت ملكه للمال ، والأصل بقاؤه ، فلا نقبل قوله فى الإقرار ، بل يحبسه الحاكم — وهو ما يعمل به فى المحاكم الوضعية من الحكم بالسجن على المتفالس ، الذى يأخذ أموال الناس وبضائعهم ويدعى الإفلاس فيسقط اعتباره ويسجن إلى خمس سنين — فان قال : غريمى يعلم أنى معسر أو أن مالى هلك . فان صدقه الغريم على ذلك خلى من الحبس .

وإن كذبه حلف الغريم أنه ما يعلم أنه معسر أو ما يعلم أن ماله هلك وحبس من عليه الدين ، فان أراد أن يقيم البينة على الاعسار لم تقبل إلا من شهادة شاهدين من أهل الخبرة والتحقيق واستقصاء أوجه الدخل والخرج كمحاسبين أمينين وهذا هو نصهم « من أهل الخبرة الباطنة » فان كانت البينة من أهل الخبرة الباطنة سمعت . وقال مالك رضى الله عنه : لا تسمع لأنها شهادة على النفى فلم تقبل .

دليلنا حديث قبيصة بن المخارق الهلالى عند مسلم أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « يا قبيصة بن مخارق لا تحل المسألة إلا لثلاثة ، رجل تحمل حمالة فحلت له المسألة حتى يؤديها ثم يمسك ، ورجل أصابته فاقة وحاجة حتى شهد أو تكلم ثلاثة من ذوى الحجى من قومه أن به حاجة ، فحلت له المسألة حتى يصيب سداداً من عيش أو قواما » وما ذكر من أنها شهادة نفى غير صحيح ، لأنها وان كانت تتضمن النفى فهى تثبت حالا تظهر ويقف عليها الشاهد كما لو شهد أن لا وارث له غير هذا .

وان أراد أن يقيم البينة على تلف ماله ، قبلت شهادة عدلين سواء كانا من أهل الخبرة أم لا ، لأن التلف أمر يدركه كل واحد من خلطائه أو المباشرين له أو من كانوا من المال عن كثب ، كأن كانوا عمالا عنده أو عند جيرانه أو مالك

العين التى يشغلها فى عمله أو متجره ، أو كان من عملائه والمترددين عليه أو نحوهم ممن ترابطهم بالاطلاع على التلف أسباب . فإن طلب الغريم يمينه مع ذلك لم يحلف لأن فى ذلك تكذيباً للشهود ، وقدحا فى البينة .

إذا ثبت هذا : فإن البينة فى كلتا الحالتين تسمع فى الحـال ويخلى سبيله من الحبس . وقال أبو حنيفة تسمع فى الحال ويحبس من عليه الدين شهرين . وروى ثلاثة أشهر ، وروى أربعة أشهر . وقال الطحاوى « يحبس شهرين » والمقصود من حبسه أن يغلب على ظن الحاكم أنه لو كان له مال لأظهره ، وهذا ليس بصحيح لأن كل بينة جاز سماعها بعد مدة جاز سماعها حالا كسائر البينات .

وكم عـدد البينة التى تقبل فى الاعسار ؟ قال أصحابنا البغداديون : تقبل فيه شهادة ذكرين عدلين كشهادة التلف مع زيادة الخبرة بباطن حال المفلس ، وهو قول أصحاب أحمد . وقال المسعودى لا تقبل أقل من ثلاثة رجال ويحلف معهم ولعله يحتج بخبر قبيصة بن المخارق الهلالى فى عدتهم .

فإن أقام البينة على الاعسار فقال الغريم : له مال باطن لا تعلم به البينة ، وطلب يمينه على ذلك ؛ ففيه قولان (أحدهما) لا يجب عليه أن يحلف وهو قول أبى حنيفة ، لأن فيه تكذيباً للشهود (والثـانى) يجب عليه أن يحلف ، فإن لم يحلف حبس .

وقال الخرقى من أصحاب أحمـد : ومن وجب عليه حق فذكر أنه معسر به حبس إلى أن يأتى ببينة تشهد بعسرته .

وقال ابن المنـذر : أكثر من نحفظ عنه من علماء الأمصار وقضاتهم يرون الحبس فى الدين ، منهم مالك والشافعى وأبو عبيد والنعمان وسوار وعبيد الله بن الحسن ، ولم يذكر الشيخ أبو حامد من أصحابنا فى التعليق غير أنه يجب عليه أن يحلف ؛ فان لم يحلف حبس ، لأنه يجوز أن يكون له مال باطن خفى على البينة ، وقد يكون لرجل مال لا يعلم به أقرب الناس اليه ، وقد يكون لاحد الزوجين مال ولا يعلم به الآخر .

وإن ثبت عليه الدين فى غير معاوضة مثل جنايته على غيره أو إتلافه عليه ماله

ولم يعلم له قبل ذلك مال . وادعى أنه معسر . فالقول قوله مع يمينه أنه معسر ، لان الاصل الفقر حتى يعلم اليسار .

وفى الحديث الشريف « إن ابن آدم خلق ليس عليه شيء الا قشرتاه ، ثم يرزقه الله » .

فاذا حلف ثم ظهر له غريم آخر . قال الصيمرى : لم يحلف له ألبتة لانه قد ثبت اعساره باليمين الاولى ، وان كان فى يده مال فقال هو لزيد وديعة أو مضاربة فان كان المقر له غائباً حلف من عليه الدين وسقطت عنه المطالبة ، لأن الاصل عدم العسر ، وما ذكره الصيمرى ممكن جداً .

وان كان المقر له حاضراً رجع اليه ، فان كذبه قسم المال بين الغرماء ، وان صدقه حكم للمقر له . فان طلب يمين المقر أنه صادق فى اقراره فهل يجب احلافه فيه وجهان .

أحدهما : لا يجب احلافه لانه لو رجع عن اقراره لم يقبل فلا معنى لاحلافه

والثانى : أنه يجب احلافه ، فان لم يحلف حبس لجواز أن يكون واطأ المقر له على ذلك ، فان طلب الغريم يمين المقر له أن المال له . قال ابن الصباغ : فعندى أنه يحلف لأنه لو أكذب المقر ثبت المال للغرماء ، فاذا صدقه حلف . اذا ثبت هذا ، فكل من حكمنا باعساره بالبينة ، فانه لا يحبس ، وكل من لم يحكم باعساره يحبس ولا غاية للحبس عندنا ، بل يحبس حتى ينكشف ثلاثة أيام أو اربعة أيام فاذا ثبت اعساره خلى ، ولا تمنع المسألة عنه .

وقال أبو حنيفة فى الاصول : يحبس أربعة أشهر . وقال فى موضع ثلاثة أشهر وقال فى موضع ثلاثين يوما . وقال أصحابه : ليس هذا على سبيل التحديد ، وانما هو على قدر حال المفلس ، فان كان ممن لا يعلم بحاله الا بحبس أربعة أشهر حبس قدر ذلك ، وكذلك اذا كان لا يعلم بحاله الا بحبس ثلاثة أشهر حبس قدر ذلك

دليلنا : أنه لا سبيل الى العلم بحاله من طريق القطع ، وانما يعلم بحاله من طريق الظاهر ، وذلك يعلم بحبس ثلاثة أيام أو أربعة ، وما أشبه ذلك ، واذا حبسه الغريم فليس له حبسه عن النوم والأكل .

وفى نفقته بالحبس وجهان ، حكاهما الصيمرى فى الايضاح المذهب أنها فى ماله

نفسه ، والثاني : أنها على الغريم ، فان كان المحبوس ذا صنعة — قال الصيمري : قد قيل : يمكن منها لانه يقضي بما يحصل منها دينه . وقيل : يمنع منها اذا علم أن ذلك يراخي أمره ولا معصية عليه بترك الجمعة والجماعة ، ان كان معسراً . وقيل يلزمه استئذان الغريم عند ذلك حتى يمنعه ، فيسقط عنه الحضور .

(فرع) اذا مرض في الحبس ولم يجد من يخدمه فيه أخرج ؛ وان وجد من يخدمه ويقوم على تمريضه وعلاجه في الحبس . فهل يجب اخراجه ؟ فيه وجهان حكاهما الصيدلاني ، وان جن في الحبس أخرج ، واذا حبس بطلب جماعة من الغرماء لم يكن لواحد منهم أن يخرجه حتى يجتمعوا على اخراجه وان حبس بطلب غريم ، ثم حضر غريم آخر فطلب أن يخرجه ليدعي عليه أحضر ، فاذا ثبت له عليه حق وطلب أن يحبس له حبس ، ولا يجوز اخراجه الا باجتماعهما ، وان ثبت اعساره أخرجه الحاكم من غير اذن الغريم .

قال الصيدلاني : واذا لم يكن للمعسر مال فهل له أن يحلف أنه لا حق عليه ؟ فيه وجهان (أحدهما) له أن يحلف وينوي أن ليس عليه اليوم حق يلزمه الخروج اليه منه (والثاني) ليس له أن يحلف ، لأن الحاكم اذا كان عادلا لا يحبسه الا بعد الكشف عن حاله اه . والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان ركبته الديون ورفعه الغرماء الى الحاكم ، وسألوه أن يحجر عليه نظر الحاكم في ماله ، فان كان له مال يفي بالديون لم يحجر عليه لانه لا حاجه به الى الحجر ، بل يأمره بقضاء الدين على ما بيناه ؛ فان كان ماله لا يفي بالديون حجر عليه وباع ماله عليه لما روى عبد الرحمن بن كعب بن مالك قال « كان معاذ ابن جبل من أفضل شباب قومه . ولم يكن يمسك شيئاً فلم يزل يدان حتى أغرق ماله في الدين . فكلم النبي صلى الله عليه وسلم غرماءه . فلو ترك أحد من أجل أحد انركوا معاذاً من أجل رسول الله صلى الله عليه وسلم فباع لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ماله حتى قام معاذ بغير شيء » وروى كعب بن مالك « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حجر على معاذ وباع عليه ماله » وان كان ماله يفي

بالديون إلا أنه ظهرت عليه أمارة التفليس بأن زاد خرجه على دخله ففيه وجهان (أحدهما) لا يحجر عليه لأنه ملىء بالدين فلا يحجر عليه . كما لو لم يظهر فيه أمارة الفلس (والثانى) يحجر عليه لأنه اذا لم يحجر عليه أتى الخرج على ماله فذهب ودخل الضرر على الغرماء .

(الشرح) حديث عبد الرحمن بن كعب بن مالك روى متصلا ، أخرجه الدارقطنى والبيهقى والحاكم وصححه من طريق كعب بن مالك أبى عبد الرحمن . أما مرسل عبد الرحمن الوارد فى الفصل فقد أخرجه أبو داود وعبد الرزاق قال عبد الحق المرسل أصح . وقال ابن الطلاع فى الأحكام هو حديث ثابت ، وقد أخرج الحديث الطبرانى ويشهد له ما عند مسلم وغيره من حديث أبى سعيد الخدرى قال « أصيب رجل على عهد رسول الله (ص) »

أما قوله «ملىء» أى غنى كثير المال ، ولكنه كثير المال الذى لغيره فهو ملىء بالدين

الأحكام : إذا ثبتت الديون على رجل إما بالبينة أو باعترافه أو بأيمان المدعى عند نكوله ، وسأل الغرماء الحاكم أن يحجر عليه ، نظر الحاكم فى ماله ، فإن كان يفى بما عليه من الدين لم يحجر عليه ، بل يأمره بقضاء الدين . فان امتنع باع عليه الحاكم ماله . وقضى أصحاب الديون خلافا لأبى حنيفة ، وقد سبقت هذه المسألة فى الفصل الذى مضى .

وهل تقوم الاعيان التى هى عليه بأثمانها ؟ وجهان حكاهما ابن الصباغ . (أحدهما) لا يقومها لأن لأربابها الرجوع فيها فلا يحتسب أثمانها عليه فلا يقومها مع باقى ماله

(والثانى) يقومها لأن أصحابها بالخيار أن يرجعوا فيها ، أو لا يرجعوا فيها . والوجه الأول يتيح للغريم أن يأخذ عين ماله ، وهو مذهب أحمد رضى الله عنه مستدلا بقوله صلى الله عليه وسلم « من أدرك متاعه بعينه عند إنسان قد أفلس فهو أحق به » رواه الشيخان عن أبى هريرة

قال الإمام أحمد رضى الله عنه : لو أن حاكما حكم أنه أسوة الغرماء — أى

سوى بين الغرماء فى عين المال أو فى ثمنه بعد بيعه — ثم رفع الى رجل يرى العمل بالحديث ، جاز له نقض حكمه .

(قلت) جملة القول فى هـذا أن المفلس متى حجر عليه فوجد بعض غرمائه سلعته التى باعه إياها بعينها بالشروط التى ذكرها ملك فسخ البيع وأخذ سلعه . وروى ذلك عن عثمان وعلى وأبى هريرة . وبه قال عروة ومالك والاوزاعى والشافعى والعنبرى وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر . وقال الحسن والنخعى وابن شبرمة وأبو حنيفة : هو أسوة الغرماء .

وإن قوّم ماله فوجدوه لا يفى بديونه لم يحجر الحاكم عليه قبل سؤال الغرماء ذلك لأنه لا ولاية له عليه فى ذلك ، وإن سأل الغرماء أو بعضهم الحجر عليه بعد ذلك حجر عليه ، وباع عليه ماله ، وبه قال مالك ومحمـــد وأبو يوسف . وقال أبو حنيفة لا يحجر عليه ولا يبيع عليه ماله ؛ بل يحبسه حتى يقضى ما عليه . قال العمرانى فى البيان :

دليلنا ما روى أن معاذ بن جبل رضى الله عنه ركبه دين على عهد رسول الله فكلم غرماؤه رسول الله (ص) فحجر عليه وباع عليه ماله حتى قام معاذ بغير شىء . وفى رواية أن النبى صلى الله عليه وسلم خلع ماله لهم — يعنى لغرمائه — وهذا يحتمل تأويلين (أحدهما) أن ماله لم يف بالدين فحجر عليه ، فيكون معنى قوله « خلع » أى حجر عليه

(والثانى) أن معنى قوله خلع ماله لهم ، أى باع ماله لهم

وروى أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه أن رجلا أصيب فى ثمار ابتاعها ، فقال رسول الله صلى الله عليه وســـلم « تصدقوا عليه » فلم يف بما عليه ، فقال رسول الله (ص) « خذوا ماله ليس لكم إلا ذلك » رواه الجماعة إلا البخارى .

ولم يرد رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله : خذوا ماله ، انهبوا ماله ، وإنما أراد صلى الله عليه وسلم خذوه بالحصص ، وأبو حنيفة يقول : ليس لهم أن يأخذوه إلا أن يعطيهم إياه ، وهذا يخالف الخبر الصحيح

وإن كان ماله يفى بدينه إلا أن أمارات الإفلاس بادية ، فإن كان ماله بإزاء دينه ولا وجه لنفقته إلا مما بيده . أو كان له وجه كسب إلا أنه قدر نفقته أكثر

مما يجعل له بالكسب ، فهل للحاكم أن يحجر عليه إذا سأله الغرماء ذلك ؟ حكى المصنف فى ذلك قولين ، وحكاهما الشيخ أبو حامد وابن الصباغ وجهين

(أحدهما) لا يجوز الحجر عليه بل يأمره الحاكم بقضاء الدين على مابيناه ، لأن الحجر انما يكون على المفلس وهذا ليس بمفلس ، لأنه ملىء بالدين .

(والثانى) يحجر عليه ، لأن الظاهر من حاله أن ماله يعجز عن الوفاء بديونه والحجر يجوز بالظاهر ، ألا ترى أن السفيه يجوز الحجر عليه ، لأن الظاهر من حاله التبذير والاسراف ، وإن كان يجوز أن لا يبذر

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) والمستحب أن يشهد على الحجر ليعلم الناس حاله فلا يعاملوه إلا على بصيرة ، فاذا حجر عليه تعلقت ديون الغرماء بماله ومنع من التصرف فيه ، فان اقترض أو اشترى فى ذمته شيئا صح لأنه لا ضرر على الغرماء فيما يثبت فى ذمته ومن باعه أو أقرضه بعد الحجر لم يشارك الغرماء فى ماله ، لأنه ان علم بالحجر فقد دخل على بصيرة ، وان ديون الغرماء متعلقة بماله ، وان لم يعلم فقد فرط حين دخل فى معاملته على غير بصيرة فلزمه الصبر الى أن يفك عنه الحجر ، فان تصرف فى المال بالبيع والهبة والعتق ففيه قولان

(أحدهما) أنه صحيح موقوف لأنه حجر ثبت لحق الغرماء فلم يمنع صحة التصرف فى المال ، كالحجر على المريض

(والثانى) لا يصح وهو الصحيح لأنه حجر ثبت بالحاكم فمنع من التصرف فى المال كالحجر على السفيه ، ويخالف حجر المريض لان الورثة لاتتعلق حقوقهم بماله الا بعد الموت ، وههنا حقوق الغرماء تعلقت بماله فى الحال فلم يصح تصرفه فيه كالمرهون ، فان قلنا يصح تصرفه وقف ، فان وفى ماله بالدين نفذ تصرفه ؛ وإن لم يف فسخ ، لأنا جوزنا تصرفه رجاء أن تزيد قيمة المال أو يفتح عليه بما يقضى به الدين ، فاذا عجز فسخ كما نقول فى هبة المريض

قال أصحابنا : وعلى هذا ينقض من تصرفه الاضعف فالاضعف وأضعفها الهبة

لأنه لا عوض فيه ثم البيع لأنه يلحقه الفسخ ثم العتق ، لأنه أقوى التصرفات ويحتمل عنـدي أنه يفسخ الآخر فالآخر ، كما قلنا فى تبرعات المريض إذا عجز عنها الثلث .

(الشرح) واذا حجر الحاكم فيستحب أن يشهد على الحجر ؛ ويعمل على نشر نبأ الحجر بوسائل الاعلام المناسبة كالنشر فى الصحف اليومية ، أو الاعلان بنشرة فى ديوان الشرطة ، او على حائط المكان الذى يقيم فيه المحجور عليه . وهى الوسائل المستحدثة للإعلام فى عصرنا هذا حيث كان يقوم فى الماضى مناد من قبل الحاكم ينادى فى الاسواق ، ألا ان الحاكم قد حجر على فلان ابن فلان لأنه اذا لم يعلم الناس اغتروا به فعاملوه فيؤدى ذلك الى الاضرار به وبهم ، فإذا عاملوه بعد اعلامهم بحاله كانوا قد عاملوه — وهم على بينة من أمره وعلى بصيرة من أمر أنفسهم — ولأن هذا الاعلام تسجيل واشهار لحكم صدر من الحاكم يأخذ صورة النفاذ ، فإذا تقلد أمر القضاء حاكم آخر كان حكم سلفه معروفا له ، توفرت له أسباب العلنية التى تحول بينه وبين الغموض فى أمر المحجور عليه ، فيباشر تنفيذ الحكم الذى صدر من سلفه ولا يحتاج الى ابتداء الحجر من جديد . فإذا صدر حكم القاضى بالحجر على المفلس تعلقت ديون الغرماء بماله ومنع من التصرف فى هـذا المال . وقال أبو حنيفة : لا تتعلق الديون بماله ، ولا يمنع من التصرف ، بل يحبسه الحاكم حتى يوفى ما عليه من الدين

دليلنا أن معاذ بن جبل ركبته الديون على عهد النبى (ص) فلم يزل يدّان حتى غرق ماله كله فى الدين ، فأتى النبى (ص) فكلمه ليكلم غرماؤه ، فباع لهم رسول الله صلى الله عليه وسـلم ماله حتى قام معاذ بغير شىء ، رواه سعيد فى سننه عن عبد الرحمن بن كعب .

إذا عرف هذا فإن المفلس إذا تصرف فى ماله بعد الحجر عليه نظرت ، فإن تصرف فى ذمته ، فان اقترض أو اشترى شيئا بثمن فى ذمته ، أو أسلم اليه فى شىء صح ذلك ، لأن الحجر عليه فى أعيان ماله . وهذا يعدل الحجر القضائى أو الإدارى فى عصرنا هذا على موجودات المدين وممتلكاته ، ولا يؤثر ذلك فى صحة

معاملاته وعقوده وقروضه وبيعه وسلمه ، لأنه لم يحجر عليه فى ذمته ، لأنه لا ضرر على الغرماء فيما ثبت عليه بذمته .

ومن عامله بعد ذلك فباعه أو أقرضه لم يشارك الغرماء فى ماله ، لأنه إن علم بالحجر فقد دخل على بصيرة ، وإن لم يعلم به فقد فرط فى ترك التحرى .

وهل تقسم الأعيان التى اشتراها بعد الحجر عليه بثمن فى ذمته بين الغرماء الأولين أو يكون بائعوها أحق بها ؟ فيه وجهان سنذكرهما إن شاء الله

وإن تصرف المفلس فى أعيان ماله بأن باع أو وهب أو أقرض أو أعتق فهل يصح تصرفه بها ؟ فيه قولان

(أحدهما) أن تصرفه موقوف ، فان كان فيما بقى من ماله وفاء بدينه نفذ تصرفه ، وإن لم يف بدينه لم ينفذ تصرفه ، وهو أضعف القولين على المذهب ، لأن من صح ابتياعه فى ذمته صح بيعه لأعيان ماله كغير المفلس ، ولأنه حجر عليه لحق الغير فكان تصرفه موقوفا كالحجر على المريض ، وفيه احتراز من تصرف المحجور عليه للسفه

والقول الثانى : أن تصرفه باطل ، وهو قول ابن أبى ليلى والثورى ومالك رضى الله عنهم ، وهو اختيار المزنى وهو الصحيح ، لأنه حجر ثبت بالحاكم فلم يصح تصرفه كالسفيه ، ولأن كل من تعلق بماله حق الغير وجب أن يكون ممنوعا من التصرف فيه كالرهن لا يصح تصرف الراهن به

وإذا قلنا إن تصرفه باطل فى أعيان ماله ، رد جميع ما باع ووهب وأعتق ، وقسم ماله بين الغرماء ، فان وفى ماله بدينه بأن زادت قيمته أو أبرىء من بعض دينه ، وفضل ما كان تصرف فيه عن الدين لم نحكم بصحة تصرفه الأول ، لأنه وقع باطلا .

فعلى هذا إن باع عينا من أعيان ماله من غريمه بدينه الذى له عليه فهل يصح فيه وجهان حكاهما فى العدة .

(الأول) قال صاحب التلخيص « يصح » لأن الحجر عليه للدين ، فبيعه بذلك الدين يوجب سقوطه

(والثانى) لا يصح . وهو قول الشيخ أبى زيد ، لأن الحجر على المفلس ليس بمقصور على هذا الغريم ، لأنه ربما ظهر له غريم آخر

وان قلنا ان تصرفه صحيح موقوف قسم ماله ، فان وفى ماله بدينه غير الذى تصرف فيه نفذ تصرفه ، وان لم يف ماله إلا أن ينقض جميع ماتصرف فيه نقض جميعه ، وان لم يف بدينه الا بعض الاعيان التى تصرف فيها نقض منها شيء بعد شيء ، وما الذى ينقض أولا ؟ فيه وجهان

قال أبو حامد وعامة أصحابنا : ينقض الأضعف فالأضعف ، وان كان متقدماً فى التصرف .

فعلى هذا ينقض الهبة أولا ؛ لأنها أضعف ، لأنه لا عوض فيها ، ثم البيع بعدها لأنه يلحقه الفسخ

قال ابن الصباغ : ثم العتق ثم الوقف ، قال العمرانى فى البيان : والذى يقتضى القياس عندى على هذا ان الوقف ينقض أولا قبل العتق ، لأن العتق أقوى من الوقف ، بدليل أنه يسرى الى ملك الغير والوقف لا يسرى الى ملك الغير .

الوجه الثانى ، وهو قول المصنف أنه ينقض الآخر فالآخر من تصرفه ، عتقاً كان أو هبة أو غيرهما ، كما قلنا فى تبرعات المريض المنجزة اذا عجز عنها الثلث فانه ينقض الآخر فالآخر .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) قال الشافعى رحمه الله : ولو باع بشرط الخيار ثم أفلس فله اجازة البيع ورده ، فمن أصحابنا من حمل هذا على ظاهره . وقال : له أن يفعل ما يشاء ، لأن الحجر انما يؤثر فى عقد مستأنف ، وهذا عقد سبق الحجر فلم يؤثر الحجر فيه وقال أبو اسحاق : ان كان الحظ فى الرد لم يجز ، وان كان فى الاجازة لم يرد ، لأن الحجر يقتضى طلب الحظ ، فإذا طرأ فى بيع الخيار أوجب طلب الحظ ، كما لو باع بشرط الخيار ثم جن ، فإن الولى لا يفعل الا ما فيه الحظ من الرد والاجازة . ومن أصحابنا من قال ، ان قلنا ان المبيع انتقل بنفس العقد لم يجب الرد ، وان كان الحظ فى الرد لأن الملك قد انتقل فلا يكلف رده ، وحمل قول الشافعى رحمه الله

على هذا القول . وان قلنا ان المبيع لم ينتقل أو موقوف لزمه الرد ان كان الحظ في الرد . لأن المبيع على ملكه فلا يفعل إلا مافيه الحظ.

(الشرح) قال الشافعى رحمه الله : ولو تبايعا بالخيار ثلاثاً ، ففلسا أو أحدهما فلكل واحد منهما إجازة البيع ورده دون الغرماء ، لأنه ليس بمستحدث : قلت وهذا كما قال : إذا تبايع رجلان وبينهما خيار الثلاث أو خيار المجلس ، ثم حجر عليهما أو على أحدهما وحكم عليهما بالإفلاس .

وقد اختلف أصحابنا فى هذه المسألة على طرق ، فمنهم من حملها على ظاهرها وقال لكل واحد منهما أن يفسخ البيع وله أن يجيزه سواء كان الحظ فيما فعله من ذلك أو فى غيره ، لأن الحجر إنما يمنع تصرفه فى المستقبل لا فيما مضى ، ولأن المفلس لا يجبر على الاكتساب : فلو قلنا : يلزمه أن يفعل ما فيه الحظ لألزمناه الاكتساب .

وقال أبو إسحاق إن كان الحظ فى الفسخ لزمه أن يفسخ ، وان أجازه لم تصح إجازته ؛ وإن كان الحظ (أو الفائدة) فى الإجازة لزمه أن يجيز ، وان لم يصح الفسخ ، لأن الحجر يقتضى طلب الحظ ، فلم يفعل الا ما فيه الحظ ، كما لو باع بشرط الخيار ثم جن ، فإن الولى لا يفعل الا مافيه الحظ . وتأول كلام الشافعى على هذا الذى بينا .

ومنهم من قال يبنى ذلك على وقت انتقال الملك الى المشترى ، وصورتها اذا باع بشرط الخيار وأفلس البائع ؛ فإن قلنا ان الملك انتقل الى المشترى بنفس العقد ، فللبائع أن يجيز البيع ، وان كان الحظ فى الفسخ فله أن يفسخ . وان كان الحظ فى الإجازة وان قلنا ان البيع لا ينتقل الا بشرطين أو قلنا انه موقوف فليس له ان يفعل الا ما فيه الحظ ، على القولين .

قال ابن الصباغ والطريقة الأولى أشد عند أصحابنا ، لأن التصرف من المحجور عليه لا ينفذ ، سواء كان الحظ فيه أو لم يكن . وذكر الشيخ أبو حامد فى التعليق طريقة رابعة ، وقال الصحيح عندى أنه لا يملك فسخ العقد ولا اجازته بعد الحجر عليه بكل حال ، لانه عندنا ينقطع تصرفه بالحجر عليه بدلالة أنه اذا

باع شيئاً ثم حجر عليه قبل قبض الثمن لم يكن له قبض ، اللهم الا أن يكون الامام أمر من يقوم بأمره وينظر فى مصالحه فرأى الحظ له فى الفسخ ، فانه يفعل اه . والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى .

(فصل) وإن وهب هبة تقتضى الثواب ، وقلنا : إن الثواب مقدر بما يرضى به الواهب ، ثم أفلس ، فله أن يرضى بما شاء ، لأنا لو ألزمناه أن يطلب الفضل لألزمناه أن يكتسب ، والمفلس لا يكلف الاكتساب .

(الشرح) الأحكام . اذا وهب لغيره قبل الحجر هبة تقتضى الثواب ، ثم حجر على الواهب . وقلنا ان الثواب مقدر بما يرضى به الواهب فله أن يرضى بالقليل والكثير ، لأنا لو ألزمناه طلب الفضل لألزمناه الاكتساب وذلك لا يلزمه .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وان أقر بدين لزمه قبل الحجر لزم الاقرار فى حقه ، وهل يلزم فى حق الغرماء ؟ فيه قولان .

(أحدهما) لا يلزم ، لانه متهم ، لانه ربما واطأ المقر له ليأخذ ما أقر به ويرد عليه (والثانى) أنه يلزمه وهو الصحيح ، لانه حق يستند ثبوته الى ما قبل الحجر فلزم فى حق الغرماء كما لو ثبت بالبينة ، وان ادعى عليه رجل مالا وأنكر ، ولم يحلف ؛ وحلف المدعى . فان قلنا ان يمين المدعى مع نكول المدعى عليه كالبينة شارك الغرماء فى المال ، وان قلنا : كالاقرار فعلى القولين فى الاقرار ، وان أقر لرجل بعين لزمه الاقرار فى حقه ، وهل يلزم فى حق الغرماء ؟ فيه قولان ، (أحدهما) لا يلزم (والثانى) يلزم ، وتسلم العين الى المقر له ، ووجه القولين ما ذكرناه فى الاقرار بالدين .

(الشرح) الأحكام : إذا أقر المحجور عليه بدين لزمه قبل الحجر ، وصادقه المقر له ، وكذبه الغرماء ، تعلق الدين بذمته قولا واحداً ، وهل يقبل إقراره فى حق الغرماء ؟ ليشاركهم المقر له ؟ فيه قولان .

أحدهما : أنه لا يقبل فى حقهم ولا يشاركهم ، لأنه مال تعلق به حق الغير فلم يقبل إقرار من عليه الحق فى ذلك المال كالراهن إذا أقر بدين لم يبطل به حق المرتهن ، ولأنه لا يؤمن أن يواطىء المفلس من يقر له بالدين ليشاركه الغرماء : ثم يسلمه إلى المفلس .

الثانى : ان اقراره مقبول فى حق الغرماء ، فشاركهم المقر له ، وهو الصحيح لانه حق ثبت بسبب منسوب الى ما قبل الحجر فوجب أن يشارك صاحب الحق بحقه الغرماء ، كما لو ثبت حقه بالبينة ، ولأن المريض لو أقر لرجل بدين لزمه فى حال الصحة لشارك من أقر له فى حال المرض ، كذلك هذا المفلس لو أقر بدين قبل الحجر لشارك الغرماء .

وكذلك اذا أقر بدين بعد الحجر وأضافه الى ماقبل الحجر يكون كما لو أقر به قبل الحجر ، وكذلك اذا أقر بدين بعد الحجر .

وان كان فى يد المفلس عين وقال : هذه العين عارية عندى لفلان . أو غصبتها منه أوأودعنيها ، فهل يقبل اقراره فىحق الغرماء على القولين (أحدهما) لا يقبل فإن لم يف مال المفلس بدينه الا ببيع تلك العين بيعت ؛ ووزع ثمنها على الغرماء وكان هذا الثمن ديناً على المفلس فى ذمته .

(والقول الثانى) وهو الصحيح : أنه يقبل اقراره فيها على الغرماء ، وتسلم العين الى المقر له ، قال الشيخ أبو حامد : وقد شنع الشافعى رحمه الله على القول الأول وقال : من قال بهذا أدى الى أن القصار (أى الحائك أو الخياط) اذا أفلس وعنده ثياب لقوم فأقر أن هذا الثوب لفلان ، وهذا لفلان فلايقبل منه ، وكذلك الصباغ والصائغ اذا أقر بمتاع لأقوام بأعيانهم أن لا تقبل ، وهذا لا سبيل اليه ، وكذلك لو قال عندى عبد آبق ولم يقبل قوله ، فبيع العبد رجع بعهدته على المفلس فيكون قد رجع عليه بعهده عند اقراره أنه أبق وباعه بهذا الشرط وهذا لا سبيل اليه لأنه ابطال لأصول الشرع ، فلذلك قلنا نقبل اقراره اه .

(فرع) وإن ادعى رجل على المفلس بدين فى ذمته أو عين فى يده فجحده ، فان أقام المدعى بينة شارك الغرماء بالدين وأخذ العين ، وإن لم يقم بينة فالقول قول المفلس مع يمينه ، فان حلف له انصرف المدعى وإن نكل المفلس عن اليمين

لحلف المدعى ، فهل يشارك الغرماء فى الدين ، ويأخذ العين ؟ فيه طريقان ،
قال الشيخان أبو حامد والمصنف رحمهما الله تعالى : إن قلنا إن يمين المدعى مع نكول المدعى عليه كالبينة شارك الغرماء بالدين وأخذ العين ، وإن قلنا إنه كالإقرار كان على القولين الأولين فى إقرار المفلس
وقال ابن الصباغ : يشارك الغرماء قولا واحداً ، كما لو ثبت ذلك بالبينة . والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

﴿ فصل ﴾ وان جنى على رجل جناية توجب المال وجب قضاء الأرش من المال ، لانه حق لزمه بغير رضى من له الحق فوجب قضاؤه من المال ؛ وان جنى عليه جناية توجب المال تعلق حق الغرماء بالارش كما يتعلق بسائر أمواله .
﴿ فصل ﴾ وان ادعى على رجل مالا وله شاهد فان حلف استحق وتعلق به حق الغرماء وإن لم يحلف فهل تحلف الغرماء أم لا ؟ قال فى التفليس لا يحلفون وقال فى غرماء الميت : اذا لم يحلف الوارث مع الشاهد ففيه قولان . أحدهما يحلفون . والثانى لا يحلفون . فمن أصحابنا من نقل أحد القولين من غرماء الميت الى غرماء المفلس ، لجعل فيهما قولين . أحدهما يحلفون لأن المال إذا ثبت استحقوه . والثانى لايحلفون لأنهم يحلفون لإثبات المال لغيرهم وذلك لايجوز ومن أصحابنا من قال لا تحلف غرماء المفلس . وفى غرماء الميت قولان : لان الميت لم يمتنع من اليمين لحلف غرماؤه ، والمفلس امتنع من اليمين فلم تحلف غرماؤه ، ولأن غرماء الميت أيسوا من يمين الميت لحلفوا ، وغرماء المفلس لم ييأسوا من يمين المفلس فلم يحلفوا ، وان حجر عليه وعليه دين مؤجل فهل يحل فيه قولان ، أحدهما يحل لان الدين تعلق بالمال لحل الدين المؤجل كما لو مات . والثانى لا يحل وهو الصحيح لأنه يملك التصرف فى الذمة فلم يحل عليه الدين . كما لو لم يحجر عليه

(الشرح) الاحكام : اذا جنى المحجور عليه على غيره أو أتلف عليه مالا شارك المجنى عليه والمتلف عليه الغرماء لان ذلك ثبت بغير رضا من له الحق .

وان جنى أحد على المفلس جناية خطأ تعلق حق الغرماء بالارش، لأن الارش مال له، فيتعلق به حق الغرماء كسائر أمواله. وإن جنى عليه أحد جناية عمد توجب القصاص فالمفلس بالخيار بين أن يقتص وبين أن يعفو وليس للغرماء أن يطالبوه بالعفو على مال، لان ذلك اكتساب للمال، وقد سبق أن قلنا إنه لا يلزمه ذلك، ولانا لو ألزمناه ذلك لصار ذلك ذريعة للجناية عليه مرة بعد أخرى؛ فلم يلزمه. فان عفا فى مقابل مال تعلق به حق الغرماء، وان عفا مطلقا — فان قلنا إن موجب العمد القود لا غير لم يجب المال، وان قلنا ان موجبه أحد الامرين ثبت المال وتعلق به حق الغرماء، وان عفا على غير مال — فان قلنا ان موجب العمد القود لا غير صح عفوه ولم يجب المال، وان قلنا ان موجبه أحد الامرين فقد ذكر فى التعليق والشامل أن المال ثبت: ويتعلق به حق الغرماء، ولا يصح عفوه

وإذا ادعى المفلس على غيره بدين وأنكره المدعى عليه، فأقام المفلس شاهدا فان حلف معه استحق ما ادعاه وقسم على الغرماء لانه ملك له، وان لم يحلف فهل يحلف الغرماء. قال الشافعى فى المختصر: لا يحلف الغرماء. وقال صاحب الشامل اذا مات وخلف ورثة وعليه دين وله دين على آخر له به شاهد ولم يحلف الورثة، فهل يحلف الغرماء؟ على قولين، فمن أصحابنا من قال المسألتان على قولين. ومنهم من قال لا يحلف غرماء المفلس قولا واحدا، وفى غرماء الميت قولان، والفرق بينهما أن المفلس يرجى أن يحلف فلم يحلف غرماؤه، والميت لا يرجى أن يحلف فحلف غرماؤه، والصحيح أنهما على قولين

(أحدهما) يحلفون لان حقوقهم تتعلق بما ثبت للمفلس فكان لهم أن يحلفوا كالورثة، ولان الانسان قد يحلف ليثبت مالا لغيره، كما نقول فى الوكيل اذا أحلفه العاقد له فان الوكيل يحلف وثبت المال للموكل، كذلك هذا مثله.

(الثانى) لا يحلفون، وهو الصحيح، لانهم يثبتون بأيمانهم ملكا لغيرهم، تتعلق به حقوقهم بعد ثبوته، وهذا لا يجوز. كما لا تحلف الزوجة لإثبات مال زوجها، وان كان اذا ثبت تعلقت به نفقتها فأشبهت الورثة لانهم يثبتون ملكا

لأنفسهم بأيمانهم . وأما الوكيل فإنما حلف لأن اليمين متعلقة بالعقد ، فلما كان هو العاقد توجهت اليمين عليه .

وإن ادعى المفلس على غيره بدين أو عين ولا بينة له ، فالقول قول المدعى عليه مع يمينه ، فإن حلف فلا كلام ، وان نكل المدعى عليه عن اليمين ردت على المفلس ، فان حلف ثبت المال ، وقسم على الغرماء ، وان لم يحلف المفلس ، فهل يحلف الغرماء ؟

قال ابن الصباغ : هما على قولين كاليمين مع الشاهد ؛ وإن حلفوا فان المال الذى ثبت بأيمانهم يقسم بينهم على قدر ديونهم

﴿ فرع ﴾

إذا كان على رجل دين مؤجل فليس لغرمائه أن يسألوا الحاكم أن يحجر عليه لهذه الديون ، وإن كان ماله أولا من ديونهم ، لأنه لا حق لهم قبل حلول الأجل .

وإن كان عليه دين حال ودين مؤجل ، فرفع أصحاب الديون الحالة أمره الى الحاكم ، فنظر الى ما عليه من الديون ، والى ما معه من المال ، فوجد ماله لا يفى بالديون الحالة ، فحجر عليه بناء على مسألتهم ، فهل تحل عليه الديون المؤجلة ؟ فيه قولان

(أحدهما) تحل ، وبه قال مالك ، لان ما يتعلق بالمال بالحجر ، أسقط الحجر الآجل كالموت ، يحل الدين الآجل

(الثانى) لا يحل ، وهو اختيار المزنى ، وهو الاصح ؛ لانه دين مؤجل على حى ، فلم يحل قبل حلول أجله ، كما لو لم يحجر عليه ؛ ويفارق الميت ، لان ذمته انعدمت بموته ، وهذا له ذمة صحيحة .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان لم يكن له كسب ترك له مايحتاج اليه للنفقة إلى أن يفك الحجر عنه : ويرجع الى الكسب لقوله صلى الله عليه وسلم : ابدأ بنفسك ثم بمن تعول فقدم حق نفسه على حق العيال ، وهو دين ، فدل على أنه يقدم على كل دين ، ويكون الطعام على ما جرت به عادته ، ويترك له ما يحتاج اليه من الكسوة من غير إسراف ولا إجحاف ، لأن الحاجة إلى الكسوة كالحاجة إلى القوت ، فان كان له من تلزمه نفقته من زوجة أو قريب ترك لهم ما يحتاجون اليه من النفقة والكسوة بالمعروف ، لانهم يجرون مجراه فى النفقة والكسوة ولا تترك له دار ولا خادم ؛ لانه يمكنه أن يكترى داراً يسكنها وخادما يخدمه ، وان كان له كسب جعلت نفقته فى كسبه لانه لا فائدة فى إخراج ماله فى نفقته ، وهو يكتسب ماينفق

(الشرح) حديث « ابدأ بنفسك ثم بمن تعول » رواه الطبرانى عن حكيم بن حزام رضى الله عنه .

أما الأحكام : فإذا حجر الحاكم على المفلس ومنعه من التصرف فى ماله فمن أين تكون نفقته الى أن يبيع ماله ويقسمه على الغرماء ، ينظر فيه ، فان كان له كسب كانت نفقته من كسبه ، وان لم يكن له كسب ، فإن على الحاكم أن يدفع اليه نفقته من ماله لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال للرجل الذى جاءه بالدينار « ابدأ بنفسك ثم بمن تعول » فأمره أن يبدأ بنفقته على من يعول ، ومعلوم أن فيمن يعول من تجب نفقته ، وتكون ديناً عليه ، وهى الزوجة .

فعلم أن نفقته مقدمة على الدين ، ويكون طعامه على ماجرت به عادته ويدفع اليه نفقته كل يوم ، وآخرها اليوم الذى يقسم فيه الحاكم ماله ، فيدفع اليه نفقته ذلك اليوم ، لأن النفقة تجب فى أوله ، ويترك له ما يحتاج اليه من الكسوة لانه لا بد له أن يتصرف ، فلو قلنا : انه لا يكتسى لامتنع الناس من معاملته ، هكذا قال صاحب البيان عن نصه فى الام ويترك له من الكسوة ما يكفيه على ما جرت به عادته ، أو ما تدعو اليه ضرورة الزمن ان كان صيفا أو شتاء .

قال الشافعي رضي الله عنه : يكفيه قميص وسراويل ورداءان ، ان كان ممن يرتدي وحذاءين لرجله هذا اذا كان صيفاً ، وان كان في الشتاء زيد على القميص جبة محشوة ، وخف بدل النعل ، وان كان من عادته أن يتطيلس دفع اليه الطيلسان، وأما جنس ثيابه فمعتبر بحاله ،وان كان من عادته لبس الشرب والدبيقي ترك له ذلك ، وان كانت عادته أن يلبس غليظ الثياب ترك له ذلك .

وقال الشافعي رضي الله عنه : ان كان له ثياب غوال بيعت .

قال أصحابنا : وأراد اذا كان من عوام الناس وله ثياب غالية جرت العادة أن يلبسها ذوو الاقدار بيعت ، ويشترى له ثياب جرت العادة أن يلبسها مثله ، ويصرف الباقي من ثمنها الى الغرماء .

(فرع) وان كان المفلس من تلزمه نفقته كالزوجة والوالدين والمولودين ترك لهم ما يحتاجون اليه نفقة وكسوة كما قلنا عن المفلس ، لانهم يجرون مجرى نفسه ، لان الأقارب يعتقون عليه اذا ملكهم كما يعتق نفسه اذا ملكها ، ونفقة الزوجة آكد من نفقة الأقارب لانها تجب بحكم المعارضة .

(فرع) فإن مات المفلس كانت مؤنة تجهيزه وكفنه من ماله ، لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قدمت عليه جنازة ليصلي عليها فقال : هل على صاحبكم دين ، فقالوا : نعم ، فقال صلوا على صاحبكم .

ولا محالة أنه كان قد كفن ، فعلم أن الذي كفن به مقدم على حقوق الغرماء ، لانه لم يتعرض له ، وان مات من تلزمه — فان كانت زوجة — فهل يجب كفنها ومؤنة تجهيزها عليه ، أو في مالها ، فيه وجهان سبق ذكرهما في الجنائز للإمام النووي رضوان الله عليه ونفعنا بعلمه آمين .

وان كان من الوالدين أو المولودين وجب مؤنة تجهيزه وكفنه على المفلس ، ويقدم ذلك على الغرماء كما قلنا في نفس المفلس وكم القدر الذي يجب في الكفن من ثوب أو ثوبين أو ثلاثة . قال المصنف رحمه الله تعالى مايستر العورة لا غير

(فرع) اذا كان للمفلس دار يسكنها أو سيارة يركبها بيعتا عليه ، وصرف ثمنها للغرماء ، لأنه يمكنه أن يستأجر داراً يسكنها ، ويركب المرافق العامة من

وسائل المواصلات التى تنبث فى كل فج ، وتصل الى حيث يشاء راكبها ، وقد جرت عادة الناس بذلك . وذلك بخلاف الثياب ، فان العادة لم تجر باكترائها ، ولذا لا تباع الا فى صورة خاصة مضى بيانها والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وإذا أراد الحاكم بيع ماله فالمستحب أن يحضره لانه أعرف بثمن ماله ، فإن لم يكن من يتطوع بالنداء استؤجر من ينادى عليه من سهم المصالح ، لان ذلك من المصالح فهو كأجرة الكيال والوزان فى الاسواق ، فان لم يكن سهم المصالح اكترى من مال المفلس ، لأنه يحتاج اليه لايفاء ما عليه ، فكان عليه ، ويقدم على سائر الديون . لان فى ذلك مصلحة له ، ويباع كل شىء فى سوقه ، لان أهل السوق أعرف بقيمة المتاع ، ومن يطلب السلعة فى السوق أكثر ، ويبدأ بما يسرع اليه الفساد . لأنه إذا أخر ذلك هلك ، وفى ذلك اضرار ، وقد قال صلى الله عليه وسلم : لا ضرر ولا ضرار ، ثم بالحيوان لأنه يحتاج الى علف ويخاف عليه التلف ويتأنى بالعقار لأنه اذا تأنى به كثر من يطلبه ، ولا يتأنى به أكثر من ثلاثة أيام ، لان فيما زاد اضراراً بالغرماء فى تأخير حقهم .

فإن كان فى المال رهن أو عبد تعلق الأرش برقبته بيع فى حق المرتهن والمجنى عليه ، لأن حقهما يختص بالعين فقدم . وان بيع له متاع وقبض ثمنه فهلك الثمن واستحق المبيع ، رجع المشترى بالعهدة فى مال المفلس ، وهل يقدم على سائر الغرماء ؟ روى المزنى أنه يقدم ، وروى الربيع أنه أسوة الغرماء ، فمن أصحابنا من قال : فيه قولان .

(أحدهما) يقدم ، لأن فى تقديمه مصلحة فانه متى لم يقدم تجنب الناس شراء ماله خوفا من الاستحقاق فاذا قدم رغبوا فى شراء ماله .

(والثانى) أنه أسوة الغرماء . لأن هذا دين تعلق بذمته بغير رضى من له الحق فضرب به مع الغرماء كأرش الجناية ومنهم من قال ان لم يفك الحجر عنه قدم لأن فيه مصلحة له ، وان فك الحجر عنه كان كسائر الغرماء ، وحمل رواية الربيع على هذا .

(الشرح) حديث « لا ضرر ولا ضرار » مضى تخريجه .

أما الاحكام : فإنه يستحب أن يشهد المفلس مجلس بيع المال أو الرهن لاجل

أولا : لانه يعرف قيمة أمواله وأثمانها عليه التى اشتراها بها .

ثانيا : ليحصى ثمنه ويضبطه .

ثالثا: لانه إذا حضر احتاط أكثر من غيره لحرصه على أن تباع بأكبر قيمة ممكنة . رابعاً . لان ذلك أطيب لنفسه كذلك يستحب أن يحضر الغرماء لاجل :

(أولا) لانه ربما كان منهم من يشترى شيئاً من مال المفلس .

(ثانيا) كثرة المبتاعين ، فيكون ذلك أوفر للثمن .

(ثالثا) معرفة كل منهم لعين ماله ، فربما باع الحاكم سهواً عين ماله فيستدركه

(رابعاً) لانه أطيب لنفوسهم ، فإن باع الحاكم ماله بغير حضور المفلس أو الغرماء صح البيع ، لأن المفلس لا تصرف له ، والغرماء لا ملك لهم .

(فرع) إذا أراد الحاكم بيع مال المفلس فلا بد من دلال وهو من ينادى على المتاع فيمن يزيد ، ويستحب أن يقول الحاكم للمفلس والغرماء : ارتضوا برجل ينادى على بيع المتاع ، لانهم أعرف بمن يصلح لذلك الامر ، ولان فى ذلك تطييباً لأنفسهم ، فان لم يستأذنهم الحاكم فى ذلك ، ونصب مناديا من قبله جاز لأن المفلس قد انقطع تصرفه ، والغرماء لا ملك لهم .

قال الشافعى رضى الله عنه . ولا يقبل الا ثقة ـ وفى بعض نسخ المزنى — ولا يقبل الا من ثقة ، فمن قبل ـ ولا نقبل الا ثقة ـ معناه اذا نصب المفلس والغرماء من ينادى على ثمن المتاع لم يقبله الحاكم الا أن يكون ثقة .

والفرق بين هذا وبين الرهن اذا اتفق المتراهنان على وضع الرهن على يد من ليس بثقة ، لم يعترض الحاكم عليهما ، لأن الحق فى الرهن المتراهنين لا يتعداهما : وههنا النظر للحاكم لأنه ربما ظهر غريم آخر ، وأما من قبل ولا يقبل الا من ثقة فمعناه اذا نودى على مال المفلس فزاد فى ثمنه انسان فانه لا يقبل الزيادة الا من ثقة مخافة أن يزيد فيترك فتفسد .

فإن تطوع الدلال بالنداء من غير أجرة لم يستأجر الحاكم من ينادى لأنه لا حاجة إلى ذلك . وإن لم يوجد من يتطوع بذلك استؤجر بأقل ما يوجد ، فإن كان فى بيت المال فضل أعطى الأجير أجره منه ، لأن فى ذلك مصلحة ، فهو كأجرة الكيال والوزان فى الأسواق

وإن لم يكن فى بيت المال فضل استوفى من مال المفلس كذلك . لأن العمل له

قال أبو على الكيال فى الإفصاح : فأما أجرة النفاذ فعلى الغريم لا على المفلس فإن اختار المفلس رجلا ينادى على المتاع واختار الغرماء غيره ، قدم الحاكم الثقة منهما ، فان تساويا فى التوثيق قدم المتطوع منهما لأنه أوفر مؤنة ، فان كانا متطوعين ضم أحدهما إلى الآخر ، وإن كانا بجعل قدم أعرفهما وأوثقهما ، ويرى أصحاب أحمد أن نفقة النفاذ على المفلس ، وفى قول آخر عندهم تدفع من بيت المال ، وعندنا على القولين فى أن يعطى من الغرماء أو من بيت المال ، كما سبق بيانه .

(فرع) ويباع كل شيء من الأمتعة فى سوقه ، فتباع الكتب فى سوق الوراقين والبز فى سوق البزازين ، والطعام فى سوق الطعام ، وهذا إذا كان فى البلد أسواق متخصصة يتوفر أربابها على نوع معين من السلع كسوق العطارين وسوق العقادين وغيرها من الأسواق النوعية ، وذلك لتفادى ألا يتناول شراءها من لا يعرف قيمتها فيبخسها ؛ كل ذلك إذا أمن عند نقلها عدم التلف أو ضياع شيء منها ، فاذا كان مكانها صالحا لبيعها بيعت حيث هى . أما العقار وغيره من الأعيان الثابتة فانه يمكن أن يكتفى بالنشر فى صحيفة يومية ، ولا ينادى الدلال فى جلسة البيع كالأمتعة ، وإنما يومىء إيماء بالثمن الذى يعرض من المبتاعين ، وذلك أعز للعقار وأدعى الى حفظ حق المفلس .

ويباع ما هو معرض للتلف أولا ، كالرطب والهريس ونحوهما ؛ ثم الحيوان لأنه معرض للتلف إذا لم يجد من يقوم على مئونة حفظه وغذائه ، ثم الثياب والأقمشة . وهكذا بالترتيب

قال الشافعى رضى الله عنه : فان كان بقرب ذلك البلد قوم يشترون العقار فى ملك المفلس أنفذ اليهم وأعلمهم بذلك ليحضروا فيشتروا فيتوفر الثمن على المفلس

(فرع) ويباع مال المفلس بنقد البلد ، وان كان من غير جنس حق الغرماء بأن كانت الديون عليه بالدينار العراقى أو الجنيه الاسترلينى أو الليرة السورية وكان المفلس فى العراق بيع عليه بالدينار، ولو كان الدين بالليرة أو بالجنيه ، لأن ذلك أيسر وأوفر ، فان كان حق الغرماء من نقد البلد دفعه اليهم ، وإن كان من غير نقد البلد ، فان كان حقهم ثبت من غير جهة السلم دفع اليهم عوضه إن رضوا بذلك ، وان لم يرضوا اشترى لهم من جنس حقوقهم ، فان كان حقهم ثبت من جهة السلم لم يجز أخذ العوض عن ذلك ، وإنما يشترى لهم حقهم

(فرع) إذا كان فى مال المفلس رهن بدأ ببيعه لأن حق المرتهن يختص بالعين وحقوق الغرماء لا تختص بالعين ، ولأنه ربما زاد ثمن الرهن على حق المرتهن: فتفرق الزيادة على الغرماء ، وربما نقص ثمنه عن حق المرتهن فاختلط مع الغرماء بما بقى له ، فاحتيج الى بيعه لذلك

(فرع) فان باع شيئا من مال المفلس ، فان كان دينه لواحد فانه يدفع كلما باع شيئا وقبضه الى الغريم لأنه لا حاجة به الى التأخير . وان كان الدين لجماعة نظرت فان بيع جميع ماله دفعة واحدة قبض ثمنه ووزعه على الغرماء بالحصص على قدر ديونهم . وان لم يمكن بيع ماله إلا بشىء بعد شىء نظرت فيما يباع به أولا فان كان ثمنه كثيراً يمكن قسمته على الغرماء قسم بينهم لأنه لا حاجة به الى التأخير . وان كان قليلا يتعذر قسمته . أو يكون القسم منه يراد . أخرت قسمته على الغرماء .

فان وجد الحاكم ثقة مليئا ـ أى غنياً ـ فقد قال الشافعى رضى الله عنه : أقرضه إياه حالا . فاذا تكامل بيع المال أخذه من الذى أقرضه إياه وقسمه بين الغرماء ، ويكون ذلك أولى من إبداعه . لأن القرض مضمون على المقبوض . والوديعة أمانة يخاف تلفها . فان لم يجد ثقة مليئا يقرضه اياه أودعه عند ثقة .

فان قيل : فلم قال الشافعى رضى الله عنه : يقرضه حالا . والقرض عنده لا يكون إلا حالا ؟ فقال أكثر أصحابنا : وصف القرض بذلك لأنه شرط . وقصد بذلك الرد على مالك رضى الله عنه حيث قال : يصح القرض مؤجلا ،

وقال العمرانى . وقال بعض أصحابنا : أراد حالا بغير تشديد يعنى يقرضه فى الحال ، وهذا ليس بشىء .

فإن قيل فقد قال الشافعى رضى الله عنه لا يجوز إقراض مال اليتيم إلا فى حال الضرورة ، وهو أن يكون فى بحر ومعه مال اليتيم ويخاف عليه الغرق أو يخاف عليه النهب أو الحريق ، ولا يقرضه فى غير ذلك وإنما يودعه . فما الفرق بينه وبين المفلس ؟ قلنا الفرق بينهما أن مال الصبى معد لمصلحة يظهر من شراء عقار أو تجارة ، وقرضه يتعذر معه المبادرة إلى ذلك . ومال المفلس معد للغرماء خاصة فافترقا .

(فرع) وإذا باع الحاكم مال المفلس وانصرم البيع بالتفرق وانقضاء الخيار ثم جاء إلى الحاكم وزاد فى الثمن . قال العمرانى : استحب للحاكم أن يسأل المشترى الإقالة ليطلب الفضل، فان أقاله المشترى باع الحاكم من الطالب بالزيادة وإن لم يفعل لم يجبر على ذلك ، لأن البيع قد لزم

(فرع) وان نصب الحاكم أميناً لبيع مال المفلس وقبض ثمنه فباع شيئا من مال المفلس وقبض ثمنه ثم تلف فى يده من غير تفريط ، تلف من ضمان المفلس لأن العدل أمين له . ورواية عمرو بن خلدة عن أبى هريرة فى المفلس أتوه به التى سبق لنا الاستدلال بها أخرجها الشافعى وأبو داود وابن ماجه والحاكم وصححه وفى اسناده أبو المعتمر . قال الطحاوى مجهول

وان باع العدل شيئا من مال المفلس وقبض ثمنه ثم أتى رجل ادعى على المشترى أن العين التى اشتراها ملكه وأقام بينة على ذلك ، أخذها من يد المشترى فإن كان الثمن باقياً فى يد العدل ، رجع به الى المشترى ، وان كان المال قد تلف فى يد العدل من غير تفريط رجع المشترى بالعهدة فى مال المفلس ، ووافقنا أبو حنيفة فى هذا ، وخالفنا فى العدل اذا تلف الرهن فى يده .

وفى الوكيل والوصى اذا تلف المال فى أيديهم بغير تفريط أن الضمان يجب عليهم ، فنقيس تلك المسائل على هذه ونقول : لأنه باع مال الغير فإذا تلف فى يده من غير تفريط لم يضمن قياساً على أمين الحاكم فى مال المفلس .

وهل يقدم المشترى على سائر الغرماء أو يكون أسوتهم ؟

نقل المزنى أنه يقدم عليهم ، ونقل الربيع أنه يكون أسوة لهم ، واختلف أصحابنا فيه على طريقين . فمنهم من قال فى المسألة قولان (أحدهما) أنه يقدم عليهم لأن فى ذلك مصلحة لمال المفلس ، لأن المشترين اذا علموا أنهم يقدمون بالثمن اذا استحق ما اشتروه رغبوا فى الشراء فيكثر المشترون وتزيد الأثمان ، واذا علموا أنهم لا يقدمون تجنبوا الشراء خوفاً من الاستحقاق . فتقل الأثمان

(الثانى) لايقدم ، بل يكون أسوة الغرماء ؛ لأنه تعلق بذمة المفلس بغير اختيار من له الحق ، فكان أسوة الغرماء ، كما لو جنى على رجل

ومنهم من قال هى على حالين ، فالموضوع الذى قال يكون أسوتهم أراد به اذا كان بعد القسمة فى حجر ثان مثل أن يقسم المال بين الغرماء ، ثم استحق شىء من أعيان ماله ، ثم حجر عليه ثانيا ، فإن المشترى يكون أسوة الغرماء ، لأن حقه ثبت فى ذمته قبل الحجر كسائر الغرماء . هكذا ذكر الشيخ أبو حامد هذا التفصيل على هذا الطريق .

قال العمرانى . وأما صاحب المهذب فقال ان لم ينفك عنه الحجر قدم ، لأن فيه مصلحة له ، وان فك عنه الحجر كان كسائر الغرماء ، ولم يذكر الحجر الثانى اه . والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى .

﴿ فصل ﴾ وان كان فى الغرماء من باع منه شيئاً قبل الإفلاس ولم يأخذ من ثمنه شيئاً ، ووجد عين ماله على صفته ، ولم يتعلق به حق غيره فهو بالخيار بين أن يترك ويضرب مع الغرماء بالثمن ، وبين أن يفسخ البيع ويرجع فى عين ماله ، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « من باع سلعة ثم أفلس صاحبها فوجدها بعينها فهو أحق بها من الغرماء » وهل يفتقر الفسخ الى اذن الحاكم ، فيه وجهان . قال أبو اسحاق : لا يفسخ الا باذن الحاكم ، لأنه مختلف فيه فلم يصح بغير الحاكم كفسخ النكاح بالاعسار بالنفقه . وقال أبو القاسم الداركى : لا يفتقر الى الحاكم ، لأنه فسخ ثبت بنص السنة فلم يفتقر الى الحاكم كفسخ النكاح بالعتق تحت العبد فان حكم حاكم بالمنع من الفسخ فقد قال أبو سعيد

الإصطخرى : ينقض حكمه ، لأنه حكم مخالف لنص السنة . ويحتمل ألا ينقض لانه مختلف فيه فلم ينقض وهل يكون الفسخ على الفور أو على التراخى فيه وجهان

(أحدهما) أنه على التراخى لانه خيار لا يسقط إلى بدل ، فكان على التراخى كخيار الرجوع فى الهبة .

(والثانى) أنه على الفور لانه خيار ثبت لنقص فى العوض فكان على الفور كخيار الرد بالعيب ، وهل يصح الفسخ بالوطء فى الجارية ؟ فيه وجهان .

أحدهما : يصح كما يصح الفسخ بالوطء فى خيار الشرط . والثانى : انه لا يصح لأنه ملك مستقر فلا يجوز رفعه بالوطء ، وان قال الغرماء نحن نعطيك الثمن ولا نفسخ لم يسقط حقه من الفسخ ، لأنه ثبت له حق الفسخ فلم يسقط ببدل العوض كالمشترى إذا وجد بالسلعة عيبا وبذل له البائع الارش .

(الشرح) الحديث رواه الشيخان عن أبى هريرة رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم « من أدرك متاعه بعينه عند انسان قد أفلس فهو أحق به »

أما الاحكام ، اذا كان فى الغرماء من باع من المفلس قبل الإفلاس ولم يقبض الثمن ووجد عين ماله على صفته خالياً من حق غيره ، فالبائع بالخيار بين أن يضرب عن الغرماء فى الثمن ؛ وبين أن يرجع فى غير ماله ، وبه قال عثمان وعلى وأبو هريرة رضى الله عنهم ، ومن التابعين عروة بن الزبير ثم مالك والاوزاعى والشافعى ومحمد بن الحسين العنبرى واسحاق وأبو ثور وابن المنذر وأحمد ، وخالفنا الحسن والنخعى وابن شبرمة وأبو حنيفة فقالوا « هو أسوة الغرماء »

دليلنا ما روى عمرو بن خلدة الزرقى قاضى المدينة قال : أتينا أبا هريرة رضى الله عنه فى صاحب لنا أفلس فقال : هذا الذى قضى فيه رسول الله (ص) « أيما رجل مات أو أفلس فصاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجده بعينه » .

وفى رواية أبى بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام رضى الله عنهم عن أبى هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « أيما رجل باع متاعا على رجل فأفلس المبتاع ثم وجد البائع متاعه بعينه ، فصاحب المتاع أحق به من دون الغرماء » وقد أخرجه أحمد عن الحسن بن سمرة بلفظ « من وجد متاعه عند

مفلس بعينه فهو أحق به » ورواه الستة عن أبي هريرة بلفظ « من أدرك ماله بعينه عند رجل أفلس أو إنسان قد أفلس فهو أحق به من غيره » وعند مسلم والنسائي عن أبي هريرة بلفظ « إذا وجد عنده المتاع ، ولم يفرقه أنه لصاحبه الذي باعه » وحديث أبي هريرة عند أحمد بلفظ « أيما رجل أفلس فوجد رجل عنده ماله ، ولم يكن اقتضى من ماله شيئاً فهو له » وروى مالك في الموطأ وأبو داود ، الأول بطريق الإرسال والثاني بطريق الاسناد والمرسل أصح عن أبي بكر بن عبد الرحمن ابن الحارث بن هشام بلفظ « أيما رجل باع متاعا فأفلس الذي ابتاعه ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيئاً ، فوجد متاعه بعينه ، فهو أحق به ، وإن مات المشترى فصاحب المتاع أسوة الغرماء » .

قلت : ولان عقد البيع يلحقه الفسخ بالإقالة فجاز فيه الفسخ لتعذر العوض أو القيمة أو الثمن ، كالمسلم فيه إذا تعذر ، ولأنه اذا شرط في البيع رهنا ، فعجز عن تسليمه استحق الفسخ ، وهو وثيقة بالثمن ، فالعجز عن تسليم الثمن بنفسه أولى . ويفارق المبيع الرهن : فإن امساك الرهن إمساك مجرد على سبيل الوثيقة وليس ببدل ، والثمن ههنا بدل عن العين ، فان تعذر استيفاؤه رجع الى المبدل .

فان قيل : إنهم تساووا - أعني الغرماء جميعاً من وجد عين ماله ومن لم يجد - في سبب الاستحقاق ، قلنا : لكن اختلفوا في الشرط ، فان بقاء العين شرط لملك الفسخ ، وهو موجود في حق من وجد متاعه دون من لم يجده .

إذا ثبت هذا : فان البائع بالخيار ، إن شاء رجع في السلعة ، وإن شاء لم يرجع وكان أسوة الغرماء ، وسواء كانت السلعة مساوية لثمنها أو أقل أو أكثر ، لأن الإعسار سبب جواز الفسخ ، فلا يوجبه كالعيب والخيار ولا يفتقر الفسخ الى حكم حاكم ، لأنه فسخ ثبت بالنص فلم يفتقر إلى حكم حاكم ، كفسخ النكاح لعتق الأمة ، وهل خيار الرجوع على الفور أو على التراخي ؟ على وجهين بناء على خيار الرد بالعيب ، وفي ذلك روايتان :

(إحداهما) هو على التراخي ، لأنه حق رجوع يسقط إلى عوض ، فكان على التراخي كالرجوع في الهبة .

(والثانى) هو على الفور ، لأنه خيار يثبت فى البيع لنقص فى العوض ، فكان على الفور كالرد بالعيب ، ولأن جواز تأخيرة يفضى إلى الضرر بالغرماء ، لافضائه إلى تأخير حقوقهم ؛ فأشبه خيار الأخذ بالشفعة ، وأخذ القاضى من الحنابلة بهذا الوجه . وحكى ابن قدامة الوجهين كهما عندنا .

(فرع) وان اشترى رجل سلعة بثمن فى ذمته وكانت قيمة السلعة مثل الثمن أو أكثر ، ولا يملك المشترى غير هذه السلعة ولا دين عليه غير هذا الثمن ، فهل يجعل هذا المشترى مفلساً ، فيكون للبائع الرجوع إلى عين ماله ، فيه وجهان حكاهما فى الافصاح أبو على الكيال .

أحدهما : يكون مفلساً ، فيكون البائع بالخيار بين الرجوع فى عين ماله .

والثانى : لا يكون مفلسا ، ولكن تباع السلعة ويعطى منها حقه والباقى للمشترى

(فرع) وان كان ماله يفى بدينه ولكن ظهرت فيه أمارة الفلس — وقلنا : يجوز الحجر عليه ، فحجر عليه — فهل يجوز لمن باع منه شيئاً ولم يقبض ثمنه ، ووجد عين ماله أن يرجع إلى عين ماله ، فيه وجهان حكاهما الشيخ أبو حامد .

(أحدهما) له أن يرجع إلى عين ماله لقوله صلى الله عليه وسلم « أيما رجل باع متاعا على رجل ثم أفلس المبتاع الحديث ، وهذا قد أفلس ، لانه محجور عليه بحق الغرماء فجاز لمن وجد عين ماله الرجوع اليه ، كما لو كان ماله أقل من دينه .

(والثانى) ليس له الرجوع إلى عين ماله ، لأنا إنما نجعل للبائع الرجوع إلى عين المال فى المواطن التى لا يتمكنون فيها من الوصول إلى كمال حقوقهم ، وهذا يتمكن من أخذ جميع حقه فلم يكن له الرجوع إلى عين ماله .

(فرع) وهل يصح فسخ البائع من غير إذن الحاكم ، فيه وجهان . الاول قاله المصنف : لا يصح إلا بإذن الحاكم ، لأنه فسخ مختلف فيه فلم يصح إلا بالحاكم كفسخ النكاح بالاعسار بالنفقة .

والثانى : قاله صاحب البيان : يصح بغير اذن الحاكم ، لأنه فسخ ثبت بنص السنة فهو كفسخ نكاح المعتقة تحت عبد .

فان حكم حاكم بالمنع ففيه وجهان . أحدهما : يصح حكمه . لأنه مختلف فيه والثانى : لا يصح لانه حكم مخالف لنص السنة ،

وهل يشترط أن يكون الفسخ على الفور ، أو يجوز على التراخى فيه وجهان (أحدهما) يجوز على التراخى ، لانه خيار لا يسقط الى بدل فجاز على التراخى ، كرجوع الأب فيما وهب لابنه ، وفيه احتراز من الرد بالعيب ، لأنه قد يسقط الى بدل وهو الأرش (والثانى) يشترط أن يكون على الفور ، لأنه خيار لنقص فى العوض ، فكان على الفور كالرد بالعيب ؛ وفيه احتراز من رجوع الاب فى هبته لابنه .

(فرع) اذا رهن البائع المبيع فى يد المفلس عند ثبوت الرجوع له فهل يجعل رهنه فسخاً للبيع . فيه وجهان حكاهما ابن الصباغ فى الرهن وحكاية وطء البائع الجارية المبيعة جعلوا فى فسخ البيع وجهين (أحدهما) يكون فسخا كوطء البائع مبيعته فى مدة الخيـــار (والثانى) لا يكون فسخا . لأن ملك المشترى مستقر فلا يرفع الا بالقول .

(فرع) اذا بذل الغرماء للبـائع جميع ماله على أن لا يرجع بالعين المبيعة لم يجبر على ذلك . وجاز له الرجوع الى عين ماله . وقال مالك رضى الله عنه لا يجوز له الرجوع الى عين ماله . وقال أحمد وأصحابه كقولنا .

دليلنا : الحديث ، ولم يفرق بين ما اذا عرض الثمن أو لم يعرض ولانه تبرع بالحق غـير من عليه الحق فلم يلزم من ثبت له الفسخ اسقاط حقه من الفسخ . كالزوج اذا عسر بالنفقة فجاء أجنبي فبذل لها النفقة ليترك الفسخ ، فانه لا يلزمها ذلك والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن كان قد باعه بعد الافلاس ؛ ففيه وجهان . أحدهما : أن له أن يفسخ ، لأنه باعه قبل وقت الفسخ ، فلم يسقط حقه من الفسخ كما لو تزوجت إمرأة بفقير ثم أعسر بالنفقة . والثانى : أنه ليس له أن يفسخ لأنه باعه مع العلم بخراب ذمته ، فسقط خياره ، كما لو اشترى سلعة مع العلم بعيبها .

(الشرح) الأحكام : إذا اشترى عينا بعد أن حجر عليه بثمن فى ذمته فقد

ذكرنا أن شراءه صحيح ، وهل ثبت للبائع الرجوع إلى عين ماله ؟ فيه وجهان . أحدهما : لا يثبت له الرجوع الى عين ماله ، لانه باعه مع العلم بخراب ذمته ، فلم يثبت له الفسخ ، كما لو اشترى سلعة معيبة مع العلم بعيبها . والثانى : يثبت له الفسخ كما لو تزوجت امرأة بفقير مع العلم بحاله ، فان لها أن تفسخ النكاح اذا عسر بالنفقة .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وان وجد المبيع وقد قبض من الثمن بعضه ، رجع بحصة مابقى من الثمن لانه اذا رجع بالجميع اذا لم يقبض جميع الثمن رجع فى بعضه اذا لم يقبض بعض الثمن ، وان كان المبيع عبدين متساويى القيمة وباعهما بمائة ، وقبض من الثمن خمسين ، ثم مات أحد العبدين ، وأفلس المشترى ، فالمنصوص فى التفليس أنه يأخذ الباقى بما بقى من الثمن ، ونص فى الصداق : اذا أصدقها عبدين فتلف أحدهما ثم طلقها قبل الدخول ، على قولين .

أحدهما : أنه يأخذ الموجود بنصف الصداق مثل قوله فى التفليس . والثانى أنه يأخذ نصف الموجود ونصف قيمة التالف ، فمن أصحابنا من نقل هذا القول الى البيع ، وقال : فيه قولان (أحدهما) أنه يأخذ نصف الموجود ويضرب مع الغرماء بنصف ثمن التالف . وهو اختيار المزنى رحمه الله ، لأن البائع قبض الخمسين من ثمنهما ، وما قبض من ثمنه لا يرجع به (والثانى) أنه يأخذ الموجود بما بقى ، لان ما أخذ جميعه لدفع الضرر اذا كان باقيا أخذ الباقى اذا هلك بعضه كالشقص فى الشفعة

ومن أصحابنا من قال يأخذ البائع الموجود بما بقى من الثمن قولا واحداً ، وفى الصداق قولان ، والفرق بينهما أن البائع اذا رجع بنصف الموجود ونصف بدل التالف لم يصل الى كمال حقه لأن غريمه مفلس ، والزوج اذا رجع بنصف الموجود ونصف قيمة التالف وصل الى جميع حقه ، لأن الزوجة موسرة فلم يجز له الرجوع بجميع الموجود بنصف المهر

(الشرح) الأحكام : إذا باع من رجل عيناً بمائة أو عينين بمائة ، فقبض البائع من الثمن خمسين والعين المبيعة باقية أو العينان باقيتان ؛ سواء كانت قيمتهما مختلفة أو متساوية ، فهل للبائع أن يرجع من المبيع بقدر ما بقى من الثمن ؟

حكى ابن الصباغ فيه قولين . قال فى القديم سقط حق البائع من الرجوع الى الغير ويضرب مع الغرماء بالثمن .

وحكى الشيخ أبو حامد أن هذا هو مذهب مالك ولم يحكه عن القديم . وقال ابن الصباغ : مذهب مالك إذا قبض شيئا من الثمن والعين باقية كان بالخيار بين أن يرد ماقبض من الثمن ويرجع فى العين المبيعة ، وبين أن لايرجع فى العين ويضارب مع الغرماء فيما بقى .

ووجه القول القديم حديث أبى بكر بن عبد الرحمن بن الحرث بن هشام الذى أتيناعلى مختلف طرقه وألفاظه فيماسبق من فصول هذا الباب ولأن فى رجوعه فى بعض العين تبعيضا للصفقة على المشترى وإضرارا به ، فلم يكن ذلك للبائع .

وقال فى الجديد : يثبت له الرجوع بحصة ما بقى من الثمن ـ وهو الصحيح ـ لأنه سبب يرجع به العاقد إلى جميع العين فجاز أن يرجع به إلى بعضها كالفرقة قبل الدخول ، وذلك أن الزوج يرجع تارة بجميع الصداق ، وهو ما اذا ارتدت أو وجد أحدهما بالآخر عيبا ، وتارة بالنصف ، وهو ما إذا طلقها

قال فى البيان : والخبر عن أبى بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام مرسل ، لأن أبا بكر ليس بصحابى ، وان صح فمعنى قوله « فهو أسوة الغرماء » إذا رضى بذلك .

وإن باعه عينين متساوى القيمة بمائة ، فقبض البائع من الثمن خمسين وتلف أحد العينين وأفلس المشترى ، فإن اختار البائع أن يضرب مع الغرماء بالثمن الذى بقى له فلا كلام ، وان اختار الرجوع الى عين ماله على الجديد فبكم يرجع ؟ قال الشافعى يرجع هنا فى العين الباقية بما بقى من الثمن . وقال فى الصداق « إذا أصدقها عبدين فتلف أحدهما وطلقها قبل الدخول أنها على قولين

(أحدهما) تأخذ نصف الموجود ونصف قيمة التالف .

(والثانى) أنه بالخيار بين أن يأخذ نصف الموجود ونصف قيمة التالف .

وبين أن يترك الموجود ويأخذ نصف قيمتها ، وقال فى الزكاة : إذا أصدقها خمساً من الإبل فحال عليها الحول فباعت منها بقدر شاة وأخرجتها ثم طلقها قبل الدخول كان له أن يأخذ بعيرين ونصفاً ، فحصل فى الصداق ثلاثة أقوال

(أحدها) يأخذ نصف الصداق من الباقى . وهذا موافق لما قاله فى المفلس . (والثانى) يأخذ نصف الموجود ونصف قيمة التالف (والثالث) أنه بالخيار بين أن يأخذ الموجود بنصف الصداق وبين أن يترك الموجود ويأخذ نصف قيمتها .

واختلف أصحابنا فى مسألة المفلس ، فمنهم من قال فى المفلس أيضا قولان :

(أحدهما) يأخذ الباقى من العينين بما بقى له من الثمن ، ويكون النصف الذى أخذ حصة التالف ؛ لأنه إنما جاز للبائع أخذ جميع المبيع ، إذا وجده كله جاز له أخذ بعضه إذا تعذر جميعه ، كما قلنا فى الشفيع

(والثانى) يأخذ نصف الموجود بنصف ما بقى له ، ويضرب مع الغرماء بنصفه ، لأنه اذا باع شيئين متساويى القيمة بمائة فقد باع كل واحد منهما بخمسين فإذا قبض خمسين من مائة فقد قبض من ثمنهما مجتمعين ، بدليل أنهما لو كانا قائمين لرجع فى نصفهما . فإذا تلف أحدهما رجع فى نصف الباقى بنصف ما بقى . وضرب مع الغرماء بحصة ما تلف من الذى لم يقبضه ، قال هذا القائل : ولا يجىء ها هنا القول الثالث فى الصداق ، وهو أن يترك الموجود ويأخذ نصف قيمتها . لأن ذمة الزوجة مليئة وذمة المفلس خربة ، فلا يمكن ترك الشىء كله والرجوع الى القيمة ، لأنه لا يصل اليها .

ومن أصحابنا من حمل المسألتين على ظاهرهما فقال فى الصداق ثلاثة أقوال ، وفى المفلس يأخذ البائع العين الباقية بما بقى له من الثمن قولا واحداً ، والفرق بينهما أنا اذا قلنا فى الصداق : يأخذ الزوج نصف الموجود ونصف قيمة التالف فلا ضرر عليه لأنه يصل الى حقه لأن ذمة الزوجة مليئة ، وفى المفلس لو قلنا: يأخذ البائع نصف الباقى بنصف ما بقى له ، ويضرب مع الغرماء بنصف ما بقى له لم يأمن ألا يصل الى الكمال من حقه ، لأن ذمة المفلس خربة

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن وجد البائع عين ماله وهو رهن لم يرجع به ، لأن حق المرتهن سابق لحقه فلم يملك إسقاطه بحقه ، فإن أمكن أن يقضى حق المرتهن ببيع بعضه ، بيع منه بقدر حقه ويرجع البائع بالباقى ، لأن المنع كان لحق المرتهن وقد زال .

(الشرح) إذا وجد البائع عين ماله مرهونة عند آخر لم يكن له أن يرجع فيها لأن المشترى قد عقد على ما اشتراه عقداً منع نفسه من التصرف فيه ، فلم يكن لبائعه الرجوع فيه ، كما لو باعها المشترى أو وهبها

إذا ثبت هـذا فإن حق المرتهن مقدم على حق البائع لأنه أسبق ، فإن كان الدين المرهون به مثل قيمة العين أو أكثر بيعت العين فى حق المرتهن ولا كلام ، وإن كان الدين المرهون به أقل من قيمة الرهن بيع من الرهن بقدر دين المرتهن وكان للبائع ان يرجع فى الباقى منها ، لأنه لا حق لأحد فيما بقى منها ، وإن لم يمكن بيع بعض الرهن بحق المرتهن إلا ببيـع جميع الرهن ، فبيع جميع الرهن وقضى حق المرتهن من ثمن الرهن ، وبقى من الثمن بعضه ، فالذى يقتضى المذهب أن البائع لا يكون أحق بالباقى من الثمن ، بل يصرف ذلك الى جميع الغرماء ، لأن حقه يختص بالعين دون ثمنهـا

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصـل) وإن كان المبيع شقصا تثبت فيه الشفعة ففيه ثلاثة أوجه

(أحدها) أن الشفيع أحق، لأن حقه سابق ؛ فإنه يثبت بالعقد ، وحق البائع ثبت بالحجر ، فقدم حق الشفيع

(والثانى) أن البائع أحق ، لأنه اذا أخذ الشفيع الشقص زال الضرر عنه وحـده ، واذا أخذه البائع زال الضرر عنهما ، لأن البائع يرجع الى عين ماله ، والشفيع يتخلص من ضرر المشترى فيزول الضرر عنهما .

(والثالث) أنه يدفع الشقص الى الشفيع ويؤخذ منه ثمنه ، ويدفع الى البائع لأن فى ذلك جمعاً بين الحقين ، وإذا أمكن الجمع بين الحقين لم يجز إسقاط أحدهما

(الشرح) قوله « شقصا » الشقص الطائفة من الشيء ، والجمع أشقاص مثل حمل وأحمال ، وهو مأخوذ من المشقص ، سهم فيه نصل عريض أو أن هذا مأخوذ منه .

أما الاحكام فإنه اذا اشترى رجل شقصا من دار أو أرض فثبت فيه الشفعة فأفلس المشترى وحجر عليه قبل أن يأخذ الشفيع . فهل البائع أحق بالشقص أم الشفيع ؟ فيه ثلاثة أوجه .

(أحدها) أن الشفيع أحق ويكون الثمن بين الغرماء ، لأن حق الشفيع أسبق لأن حقه يثبت بالبيع ، وحق البائع يثبت بالحجر ، فقدم السابق

(والثانى) أن البائع أحق بالشقص لانه اذا رجع فى الشقص زال الضرر عنه وعن الشفيع ، لانه عاد كما كان قبل البيع ، ولم يتجدد شركة غيره

قال الشيخ أبو حامد : وهذا مدخول . لان من باع شقصا وثبتت فيه الشفعة ثم استقاله البائع فأقاله قبل أن يأخذ الشفيع ، فإن البائع عاد للشفيع شريكا كما كان ، ومع ذلك له الاخذ بالشفعة

(والثالث) أن الشفيع أولى بالشقص ، ويؤخذ منه الثمن ويسلم الى البائع دون سائر الغرماء ، لان فى ذلك جمعاً بين الحقين ، وازالة للضرر عنهما

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان كان المبيع صيداً والبائع محرم ، لم يرجع فيه ، لانه تمليك صيد فلم يجز مع الاحرام كشراء الصيد

(الشرح) الاحكام : اذا باع صيداً ثم أحرم وأفلس المشترى لم يكن للبائع أن يرجع فى الصيد كما لا يجوز أن يبتاعه ، وقد مضى لسلفنا النووى رضى الله عنه ذلك فى الصيد فليراجع

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وان وجد عين ماله ودينه مؤجل ، وقلنا ان الدين المؤجل لا يحل وديون الغرماء حالة ، فالمنصوص أنه يباع المبيع فى الديون الحالة لانها حقوق

حالة فقدمت على الدين المؤجل ومن أصحابنا من قال لا يباع ، بل يوقف إلى أن يحل فيختار البائع الفسخ أو الترك ، وإليه أشار فى الإملاء ، لأن بالحجر تتعلق الديون بماله فصار المبيع كالمرهون فى حقه بدين مؤجل فلا يباع فى الديون الحالة

(الشرح) الأحكام : إذا اشترى رجل أعياناً بأثمـــان مؤجلة لحجر على المشترى بديون حالة عليه ، وكانت الأعيان التى اشتراها بالمؤجل باقية فى يده لم يتعلق به حق غـيره . فإن قلنا إن الدين المؤجل لا يحل بالحجر ، فما الحكم فى الاعيان التى اشتراها بالأثمان المؤجلة . فيه وجهان

(أحـدهما) وهو المنصوص ولم يقل الشيخ أبو حامد غيره أنها تباع وتفرق أثمانها على أصحاب الديون لأنها حقوق حالة فقدمت على الديون المؤجلة ، وتبقى الديون فى ذمته إلى الأجل . فإذا أيسر طالبوه ، وإلا كانت فى ذمته إلى أن يوسر

(الثانى) حكاه المصنف أنها لا تباع ، بل توقف إلى أن تحل الديون المؤجلة فيخير بائعوها بين فسخ البيع فيها أو الترك . قال وإليه أشار فى الإملاء ، لأن بالحجر تعلقت الديون بمـاله ، فصار المبيع كالمرهون فى حقه بدين مؤجل ، فلم يبع فى الديون الحالة . وأما إذا قلنا : إن الديون المؤجلة يحل بالحجر فما الحكم فى الأعيان المشتراة بها .

فيه وجه حكاه صاحب الفروع ، وهو قول أبى إسحاق أن تلك الأعيـان لا تباع فى حق أصحاب الديون المعجلة ولا تسلم إلى بائعها أيضا ، بل توقف

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصـل) وإن وجد المبيع وقد باعه المشترى ورجع اليه ، ففيه وجهان . (أحـدهما) أن له أن يرجع فيه . لأنه وجد عين ماله خالياً من حق غيره ، فأشبه إذا لم يبعه (والثانى) لا يرجع ، لأن هذا الملك لم ينتقل اليه منه فلم يملك فسخه .

(الشرح) الأحكام : اذا اشترى عينا بثمن فى ذمته فباعها من غيره أو وهبها له وأقبضها ثم أفلس المشترى لم يكن للبائع إلا الضرب مع الغرماء لأنها خارجة عن ملك المشترى ، فهو كما لو تلفت . وان رجعت الى ملك المشترى بإرث أو هبة أو وصية فأفلس . فهل يرجع البائع بها فيه وجهان

أحدهما : لا يرجع لان هذا الملك انتقل اليه من غير البائع . والثانى : للبائع أن يرجع فيها ، لانه وجد عين ماله خاليا عن حق غـيره ، فهو كما لو لم يخرج عن ملك المشترى ، فإذا قلنا : بهذا الوجه ، وكان المشترى قد اشتراها ممن هى فى يده بثمن فى ذمته ، فأفلس بالثمنين وحجر عليه ، فأى البائعين أحق بالعين ؟ فيه ثلاثة أوجه ، حكاها المسعودى .

(أحدها) البائع الاول أحق بها ، لان حقه أسبق .

(والثانى) البائع الثانى أحق بها ، لانه أقرب .

(والثالث) أنهما سواء لانهما متساويان فى سبب الاستحقاق .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ وان وجد المبيع ناقصا نظرت ، فإن كان نقصان جزء ينقسم عليه الثمن كعبدين ، تلف أحدهما أو نخلة مثمرة تلفت ثمرتها ؛ فالبائع بالخيار بين أن يضرب مع الغرماء بالثمن وبين أن يفسخ البيع فيما بقى بحصته من الثمن ، ويضرب مع الغرماء بثمن ما تلف ، لان البائع يستحق المبيع فى يد المفلس بالثمن كما يستحق المشترى المبيع فى يد البائع بالثمن ؛ ثم المشترى إذا وجد أحد العينين فى يد البائع والآخر هالكا كان بالخيار بين أن يترك الباقى ويطالب بجميع الثمن ، وبين أن يأخذ الموجود بثمنه ويطالب بثمن التالف . فكذلك البائع ؛ وإن كان المبيع نخلا مع ثمرة مؤبرة فهلكت الثمرة ، قوّم النخل مع الثمرة ، ثم يقوّم بلا ثمرة ، ويرجع بما بينهما من الثمن ، وتعتبر القيمة أقل ما كانت من حين العقد الى حين القبض .

فان كانت قيمته وقت العقد أقل قوم وقت العقد ، لأن الزيادة حدثت فى ملك المشترى فلا تقوم عليه ، وان كانت فى وقت القبض أقل قوّم فى وقت القبض ، لأن ما نقص لم يقبضه المشترى . فلم يضمنه ، فان كان نقصان جزء لا ينقسم عليه الثمن كذهاب يد ؛ وتأليف دار ، نظرت ، فان لم يجب لها أرش بأن أتلفها المشترى أو ذهبت بآفة سماوية ، فالبائع بالخيار بين أن يأخذه بالثمن وبين أن يتركه ، ويضرب بالثمن مع الغرماء كما نقول فيمن اشترى عبداً فذهبت

يده ، أو داراً فذهب تأليفها فى يد البائع ؛ فان المشترى بالخيـار بين أن يأخذه بالثمن ، وبين أن يتركه ويرجع بالثمن

فإن وجب لها أرش بأن أتلفها أجنبي فالبائع بالخيار بين أن يترك ويضرب مع الغرماء بالثمن وبين أن يأخذ ويضرب بما نقص من الثمن لأن الارش فى مقابلة جزء كان البائع يستحقه فاستحق مايقابله ، كما نقول فيمن اشترى عبداً فقطع الأجنبي يده : انه بالخيـار بين أن يتركه ويرجع بالثمن ، وبين أن يأخذه ويطالب الجانى بالأرش ، غير أن المشترى يرجع على الجانى بقيمة اليد ، لأنها تلفت فى ملكه فوجب له البدل ، والبائع يرجع بحصة اليد من الثمن لانها تلفت فى ملك المفلس فوجب الأرش له ، فيرجع البائع عليه بالحصة من الثمن ، لأن المبيع مضمون على المفلس بالثمن ، فان كان المبيع نخلا عليه طلع غير مؤبر فملكت الثمرة ثم أفلس بالثمن فرجع البـائع فى النخل . ففيه وجهان (أحـدهما) يأخذها بجميع الثمن . لأن الثمرة تابعة للأصل فى البيع فلم يقابلها قسط من الثمن (والثانى) يأخذها بقسطها من الثمن ويضرب بحصة الثمرة مع الغرماء . لأن الثمرة يجوز إفرادها بالبيع فصارت مع النخل بمنزلة العينين .

(الشرح) الاحكام : والذى ذكرناه فى الفصل الذى قبل هذا إذا وجد البائع العين المبيعه بحالها لم تنقص ولم تزد ، فأما اذا وجدها ناقصة فلا يخلو إما أن يكون نقصان جزء ينقسم عليه الثمن ، ويصح إفراده بالبيع أو نقصان جزء لا ينقسم عليه الثمن . ولا يصح إفراده بالبيع .

فان كان نقصان جزء ينقسم عليه الثمن بأن باعه شيئين بثمن فقبضهما المشترى فتلف أحدهما وأفلس قبل أن يقبض البـائع الثمن . أو كان ثوباً فتلف بعضه أو نخلة مثمرة مؤبرة فتلفت الثمرة قبل أن يقبض البائع الثمن فالبائع بالخيار بين أن يترك مابقى من المبيع . ويضرب بجميع الثمن مع الغرماء وبين أن يرجع فيما بقى من المبيع بحصته من الثمن . ويضرب مع الغرماء بحصة ما تلف من المبيع من الثمن . سواء تلف بآفة سماوية أو بفعل المشترى . أو بفعل أجنبي فالحكم واحد فى رجوع البائع . وإنما كان كذلك لان البائع يستحق المبيع فى يد المفلس بالثمن كما يستحق المشترى المبيع فى يد البائع بالثمن . ثم المشترى اذا وجد بعض المبيع فى يد البائع كان له أن يأخذه بحصته من الثمن . فكذلك هذا مثله . فان كان المبيع

ثوبين أو دابتين وتلف أحدهما ، وأراد بسط الثمن عليهما قوم كل واحد منهما بانفراده ، وقسم الثمن المسمى على قيمتهما ، فما قابل التالف ضرب به مع الغرماء وما قابل الباقى رجع فى الباقى منهما لما قابله ، وان باعه نخلة عليها ثمرة مؤبرة ، واشترط المشترى دخول الثمرة فى البيع ثم أتلف المشترى الثمرة ، أو أتلفت وأفلس ، واختار البائع الرجوع فى النخله ، فإنه يرجع فيها بحصتها من الثمن ، ويضرب مع الغرماء بما يقابل الثمرة من الثمن .

وحكى المحاملى عن بعض أصحابنا أن يرجع فى النخله بحصتها من الثمن ، وقال العمرانى فى البيان : قال صاحب المهذب : فيكفيه ذلك أن يقوم النخله مع الثمرة ثم يقوم النخله من غير ثمرة ، ويرجع بما بينهما من الثمن .

وأما الشيخ أبو حامد وابن الصباغ قالا : تقوم النخله مفردة . فإن قيل قيمتها تسعون ، ثم يقوم الثمرة مفردة . فان قيل قيمتها عشرة ، علمنا أن قيمة الثمرة العشرة فيعلم أن الذى يقابل الثمرة عشر الثمن المسمى ، فيضرب به مع الغرماء ويأخذ بتسعة أعشار الثمن اه .

قال الشافعى رضى الله عنه : وتقوم يوم قبضها . قال أصحابنا : وليس هذا على الطلاق ، وإنما يقوم بأقل الأمرين من يوم العقد ، لأن الزيادة حدثت فى ملك المفلس ، فلا يكون للبائع فيها حق . فان كانت القيمة يوم القبض أقل قوم يوم القبض ، لأن ما نقص فى يد البائع كان مضمونا عليه ، فلا يرجع البائع على المفلس بما نقص فى يده ، وان اشترى منه نخله عليها طلع غير مؤبر . فإن الطلع يدخل فى البيع . فان أتلف المشترى الثمرة أو تلفت فى يده وأفلس واختار البائع الرجوع فى النخلة ، فهل يضرب مع الغرماء بحصة الثمرة من الثمن لأنها ثمرة يجوز إفرادها بالعقد ، فرجع بحصتها من الثمن ، كما لو كانت مؤبرة .

فعلى هذا كيفية التقسيط على ما مضى فى المؤبرة . والثانى : لا يضرب بحصة الثمرة مع الغرماء ؛ بل يأخذ النخلة بجميع الثمن ويضرب به مع الغرماء ، لأن الطلع غير المؤبر يجرى مجرى جزء من أجزاء النخلة بدليل أنها تدخل فى العقد بالاطلاق فصارت كالسعف ، ولو أفلس وقد تلف شىء من السعف لم يضرب بحصتها من الثمن ، فكذلك هذا مثله واصل هذا ، هل الطلع قبل التأبير مما يتميز

أو غير متميز ، فيه وجهان ، هكذا ذكر الشيخ أبو حامد . وإن كان النقصان مما لا ينقسم عليه الثمن بأن كان المبيع ثوباً صحيحاً فوجده البائع محروقا أو داراً ذهب تأليفها فى يد المشترى فصارت غير مألوفة لما طرأ عليها من تصدع أو وحشة فإن اختار البائع أن يضرب مع الغرماء بالثمن فلا كلام .

وإن اختار أن يرجع بعين ماله نظرت . فإن لم يجب فى مقابلة ما ذهب أرش بأن ذهب ذلك بآفة سماوية . أو بفعل المشترى . فان البائع يرجع فى المبيع ناقصاً بجميع الثمن - كما قلنا فيمن اشترى دابة فذهبت عينها بآفة سماوية فى يد البائع - فان المشترى إذا اختار إجازة البيع . أخذه بجميع الثمن . وإن وجب للنقصان أرش ، فان ذهب ذلك بفعل أجنبى فان البائع يرجع فى المبيع لحصتها من الثمن . ويضرب مع الغرماء بحصة ما تلف من العين المبيعة من الثمن . ويرجع المشترى على الاجنبى بالارش .

وانما كان كذلك لان الارش الذى يأخذه المشترى من الاجنبى بدل عن الجزء الفائت من المبيع ، ولو كان ذلك الجزء موجوداً لرجع به البائع ، فاذا كان معدوما رجع بما قابله من الثمن .

فان قيل : هلا قلتم : إن البائع يأخذ ذلك الأرش ؟ قلنا : لا نقول ذلك ، لأن البائع لا يستحق الأرش ، وإنما استحق ما قابل ذلك الجزء من الثمن ؛ كما أن الاجنبى لو أتلف جميع المبيع لم يرجع البائع لما وجب على الجانى من القيمة ، أو بما يرجع بالثمن ، وبيان ما يرجع به ان يقال : كم قيمة هذه العين قبل الجناية عليها ؟ فان قيل : مائة ، قيل : فكم قيمتها بعد الجنايه عليها . فان قيل : تسعون علمنا أن النقص عشر القيمة ، فيضرب البائع مع الغرماء بعشر القيمة .

وأما المفلس فيرجع على الجانى بالارش . فان كان المبيع من غير الرقيق رجع بما نقص من قيمته بالجنايه . وإن كان من الرقيق - وهو اليوم غير قائم فى زماننا هذا - نظر إلى ما أتلفه منه . فان كان مضموناً من الحر بالدية كان مضموناً من الرقيق بالقيمة . وإن كان مضموناً من الحر بالحكومه كان مضمونا من الرقيق بما نقص من القيمه ويكون ذلك للغرماء سواء أكثر مما رجع به البائع أو أقل .

(فرع) وإن وجد البائع المبيع وقد أجره المشترى ، ولم تنقضى مدة الإجارة واختار البائع الرجوع فى العين ، كان له ذلك ، واستوفى المستأجر مدة الإجارة ولا يأخذ البائع الإجارة ولا شيئاً منها ، لأن المبتاع ملك ذلك بالعقد ، فصار ذلك كالعيب ، وهكذا إن كان المبيع مكاتبا للمبتاع لم يكن للبائع الرجوع فيه ، لأنه عقد لازم من جهة المشترى ، فان عجز العبد نفسه عن الوفاء كان للبائع أن يرجع فيه كما إذا رهن المبتاع العين المبيعة ثم زال حق المرتهن عنها والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

﴿ فصل ﴾ وإن وجد المبيع زائداً نظرت ، فإن كانت زيادة غير متميزة . كالسمن والكبر . واختار البائع الفسخ . رجع فى المبيع مع الزيادة . لأنها زيادة لا تتميز فتبعت الأصل فى الرد . كما قلنا فى الرد بالعيب . وإن كان المبيع حبا فصار زرعا أو زرعا فصار حبا . أو بيضا فصار فرخا ففيه وجهان .

(أحدهما) لايرجع به لأن الفرخ غير البيض ، والزرع غير الحب (والثانى) يرجع وهو المنصوص . لأن الفرخ والزرع عين المبيع . وإنما تغيرت صفته فهو كالودى إذا صار نخلا . والجدى إذا صار شاة .

وإن كانت الزيادة متميزة نظرت . فإن كانت ظاهرة كالطلع المؤبر وما أشبهه من الثمار . رجع فيه دون الزيادة . لانه نماء ظاهر متميز حدث فى ملك المشترى فلم يتبع الاصل فى الرد . كما قلنا فى الرد بالعيب . فان اتفق المفلس والغرماء على قطعها قطع . وان اتفقوا على تركها إلى الجداد ترك لانه ملك أحدهما وحق الآخر وإن دعا أحدهما إلى قطعها والآخر إلى تركها وجب القطع . لان من دعا إلى القطع تعجل حقه . فلا يؤخر بغير رضاه . وإن كانت الزيادة غير ظاهرة كطلع غير مؤبر وما أشبهه من الثمار . ففيه قولان ، روى الربيع أنه يرجع فى النخل دون الطلع ، لان الثمرة ليست عين ماله فلم يرجع بها ، وروى المزنى أنه يرجع لانه يتبع الاصل فى البيع فتبعه فى الفسخ كالسمن والكبر ، فاذا قلنا بهذا فأفلس وهو غير مؤبر فلم يرجع حتى أبر لم يرجع فى الثمرة لانها أبرت وهى فى ملك المفلس فان اختلف البائع والمفلس فقال البائع : رجعت فيه قبل التأبير

فالثمرة لى . وقال المفلس : رجعت بعد التأبير فالثمرة لى ، فالقول قول المفلس مع يمينه لأن الأصل بقاء الثمرة على ملكه فإن لم يحلف المفلس فهل يحلف الغرماء فيه قولان ، وقد مضى دليلهما . فإن كذبوه فحلف واستحق وأراد أن يفرقه على الغرماء ففيه وجهان .

(أحدهما) أنه لا يلزمهم قبوله لأنهم أقروا أنه أخذ بغير حق

(والثانى) يلزمهم قبوله أو الإبراء من الدين ، وعليه نص فى المكاتب إذا حمل إلى المولى نجما فقال المولى هو حرام ، أنه يلزمه أن يأخذه أو يبرئه منه ، فإن صدقه بعضهم وكذبه البعض فقد قال الشافعى رحمه الله : يفرق ذلك فيمن صدقه دون من كذبه . فمن أصحابنا من قال لا يجوز أن يفرقه إلا على من صدقه ، لأنه لا حاجة به إلى دفع ذلك إلى من يكذبه

وقال أبو إسحاق : إذا اختار المفلس أن يفرق على الجميع جاز ، كما يجوز إذا كذبوه . وحمل قول الشافعى رحمه الله إذا اختار أن يفرق فيمن صدقه . وإن قال البائع رجعت قبل التأبير فالثمرة لى فصدقه المفلس وكذبه الغرماء ففيه قولان .

(أحدهما) يقبل قول المفلس لأنه غير متهم (والثانى) لا يقبل لأنه تعلق به حق الغرماء فلم يقبل اقراره فيه . فإذا قلنا بهذا فهل يحلف الغرماء ؟ فيه طريقان من أصحابنا من قال : هى على القولين كما قلنا فى القسم قبله . ومنهم من قال يحلفون قولا واحدا ، لأن اليمين ههنا توجهت عليهم ابتداء ، وفى القسم قبله توجهت اليمين على المفلس ، فلما نكل نقلت اليهم .

(الشرح) قوله « كالودى » بفتح الواو وكسر الدال بعدها ياء مشددة صغار الفسيل الواحدة ودية .

أما الأحكام فإنه اذا وجد البائع عين ماله زائدة نظرت ، فان كانت الزيادة غير متميزة كالسمن والكبر وما أشبههما ، واختار البائع الرجوع فى العين رجع فيها مع زيادتها ، لأنها زيادة لا تتميز ، فتبعت الأصل فى الرجوع بها كالرد بالعيب .

فإن باعه نخلا عليها طلع مؤبر . واشترط المشترى دخول الثمرة فى البيع

فأدركت الثمرة فى يد المشترى وحدها وجففها ثم أفلس والجميع فى حوزته لم يتعلق به حق غيره ، فإن للبائع أن يرجع فى النخل والثمرة ، وإن كان مجففاً ، لأن هذه زيادة غير متميزة فهى كسمن البهيمة ، وإن باعه نخلا عليها طلع غير مؤبر فأبرها المشترى ثم أفلس ؛ فهل للبائع الرجوع فيها .

قال المسعودى : فيه قولان بناء على أن الثمرة هل تعلم قبل التأبير . وفيه قولان :

قال فى البيان : وتشبه أن يكون على طريقه أصحابنا البغداديين على وجهين ، بناء على أن الثمرة قبل التأبير إما متميزة أو غير متميزة

وإن باعه أرضا وفيها بذر مودع فيها واشترط دخول البذر فى البيع ، فهل يصح بيع البذر .

قال الشيخ أبو حامد : فيه قولان ، وغيره من أصحابنا قال : فيه وجهان . وقد مضى ذلك فى البيوع مفصلا .

فإذا قلنا يصح البيع فى البذر فأفلس المشترى ، فإن كان قبل أن يخرج البذر عن الارض رجع البائع فى الارض وفى البذر ولا كلام ، وإن أفلس بعد أن صار البذر زرعا فانه يرجع فى الارض ، وهل يرجع فى الزرع أو يضرب بحصة البذر من الثمن مع الغرماء . فيه وجهان من أصحابنا من قال : يرجع فى الأرض وحدها ويضرب مع الغرماء بثمن البذر ، لأن البائع إنما يرجع لعين ماله إذا كانت باقية بحالها ، وهذا الزرع خلقه الله تعالى ولم يكن موجوداً حال البيع

(والثانى) يرجع فى الزرع مع الارض ، وهو المنصوص فى الام ، لأن هذا الزرع عين البذر ، وإنما حوله الله تعالى من حالة الى حالة . فرجع به كالودى إذا صار نخلا .

وإن اشترى منه أرضا فيها زرع أخضر واشترط دخول الزرع فى البيع صح البيع قولا واحداً ، فان أفلس المشترى بعدما استحصد الزرع واشتد حبه . أو كان قد حصده فعلا وذراه ونقاه فهل للبائع أن يرجع فى الارض مع هذا الزرع قال عامة فقهائنا فيه وجهان كالتى قبلها .

وقال الشيخ أبو حامد : إن قلنا بالمنصوص فى التى قبلها فللبائع هنا أن يرجع

فيها . وإن قلنا بالوجه الثاني لبعض أصحابنا فيها فههنا وجهان (أحدهما) لا يرجع (الثاني) يرجع لأنه تميز ماله وانما تغير صفتها فزادت . قالوا وهكذا لو تغير الزرع من خضرة الى صفرة . هكذا في الروضة والحاوي والبيان

وإذا باعه أرضاً فيها نواه مدفونة . واشترط دخول النوى في البيع ، فيه وجهان ، المذهب أنه يدخل . وإن أفلس المشتري وقد صار النوى نخلا فهل يرجع البائع فيها مع النخل ؟ فيه وجهان كالبذر إذا صار زرعا . وان اشترى منه بيضاً فحضنه تحت دجاجة حتى صار فرخا ثم أفلس المشتري ، فهل يرجع البائع في الفراخ فيه وجهان كالبذر إذا صار زرعا ، وتعليلهما على ما سبق ذكره . والله أعلم

(فرع) وإذا كانت الزيادة متميزة كاللبن وولد البهيمة رجع البائع في عين البهيمة دون الزيادة . لأنها زيادة متميزة فلم تتبع الأصل في الرد — كما قلنا في الرد بالعيب — فان كان المبيع أرضاً فارغه فزرعها المشتري . أو نخلا لا ثمر عليها فأثمرت في يد المشتري أو أبرت ثم أفلس المشتري ، واختار البائع الرجوع في عين ماله فإنه يرجع في الارض دون الزرع . وفي النخل دون الثمرة لأنها زيادة متميزة حدثت في يد المشتري فلم يكن للبائع فيها حق

إذا ثبت هذا فليس للبائع أن يطالب المشتري والغرماء بحصاد الزرع ولا بجداد الثمرة قبل وقته ، لأن المشتري زرع في أرضه فليس بظالم ، والثمرة أطلعت في ملكه ، فهو كما لو باع أرضا وفيها زرع أو نخلة وعليها طلع ، فانه لا يجبر على قطعه قبل أوانه ولا يجب للبائع أجرة الارض : ولا النخل الى أوان الجداد والحصاد ، كما لا يجب ذلك للمشتري على البائع اذا اشترى أرضا فيها زرع أو نخلا عليها طلع . ثم ينظر في المفلس والغرماء ، فان اتفق على قطع الثمرة والزرع قبل أوان قطعهما جاز ، لان الحق لهم : وان اتفقوا على تركه الى وقت الحصاد والجداد جاز

وان دعا بعضهم الى القطع قبل أوانه ، ودعا البعض الى تركه ففيه وجهان ، أحدهما ، وبه قال عامة أصحابنا وهو المذهب : أنه يجاب قول من دعا الى القطع . لان الغرماء ان كانوا هم الطالبون القطع أجيبوا ، لانهم يقولون : حقوقنا معجلة

فلا يجب علينا التأخير ، وإن كان المفلس هو الطالب للقطع . أجيب لأنه يستفيد بذلك إبراء ذمتـه ، ولأن فى التبقية غرراً ، لأنه قد يتلف ، فأجيب من دعا إلى القطع .

والوجه الثـانى وهو قول أبى إسحاق : إنه يفعل ما فيه الحظ من القطع أو التبقية ، قال ابن الصباغ . وهذا لا بأس به لأنه قد يكون من الثمرة والزرع ماله قيمة تافهة أو مالا قيمة له ، والظاهر سلامته . اه

(فرع) إذا باعه نخلا لا ثمرة عليها فأطلعت فى يد المشترى وأفلس قبل التأبير فهل للبائع أن يرجع فى الثمرة مع النخل ؟ فيه قولان (أحدهما) رواه المزنى أنه يرجع فى الثمرة مع النخل ، لأنه لو باعه نخلة عليها طلع غير مؤبرة تبعت الثمرة النخلة فى المبيع . فتبعتها أيضا فى الفسخ ، كالثمن فى الجارية

(والثانى) رواه الربيع أنه لا يرجع فى الثمرة لأنه يصح إفرادها فى البيع فلم تتبع النخلة فى الفسخ كالطلع المؤبر ، ويفارق البيع أنه زال ملكه عن النخلة باختياره ، وههنا زال بغير اختياره

قال أصحابنا : كل موضع زال ملك المالك عن أصل النخلة وعليها طلع غير مؤبر باختيار المالك ، وكان زوال ملكه عنها بعوض ، فإن الثمرة تتبع الاصل : وذلك كالبيع والصلح والاجرة فى الاجارة والصداق وما أشبه ذلك . وكل موضع زال ملكه عن أصل النخلة بغير اختياره . فهل تتبع الثمرة الاصل ؟ فيه قولان وذلك مثل مسألتنا هذه فى المفلس . ومثل أن يشترى نخله لا ثمر عليها بثمن معين فتطلع النخلة فى يد المشترى ثم يجد البائع بالثمن عيبا فرده قبل التأبير ، فهل يرجع فى الثمرة مع النخلة ؟ على قولين

وكذلك اذا اشترى شقصاً فى أرض فيها نخل فأطلعت النخل فى يد المشترى ثم علم الشفيع قبل التأبير فشفع . فهل يأخذ الثمرة مع النخل . على هذين القولين وكذلك كل موضع زال ملكه عن الاصل الى غيره باختياره بغير عوض . فهل يتبع المطلع الذى ليس بمؤبر الأصل . فيه قولان أيضا . وذلك مثل أن يهب الرجل لغيره نخلة عليها طلع غير مؤبر . وكذلك إذا زال ملكه عن الاصل بغير عوض بغير اختياره أيضا مثل أن يهب الأب لابنه نخلة فأطلعت فى يد الابن .

ورجع الاب فيها قبل التأبير فهل يتبع الثمرة الاصل . فيه قولان

اذا ثبت ما ذكرناه فإذا باعه نخلة لا ثمرة عليها فأطلعت فى يد المشترى وأفلس قبل أن تؤبر الثمرة فرجع البائع فى عين ماله ، فإن قلنا ان الثمرة لا تتبع النخلة فى الفسخ كانت الثمرة للمفلس . فان اتفق المفلس والغرماء على تبقيتها الى أوان جدادها كان لهم ذلك . وليس لبائع النخلة أن يطالبهم بقطعها قبل ذلك . وان اتفقوا على قطعها جاز . وان دعا بعضهم الى قطعها . وبعضهم الى تبقيتها ففيه وجهان .

قال عامة أصحابنا يجاب من دعا إلى قطعها . وقال المصنف يفعل ما فيه الاحظ وقد مضى دليل الوجهين .

وان قلنا ان الثمرة تكون للبائع للنخل فلم يرجع البائع حتى أبرت النخل كانت الثمرة للمفلس والغرماء قولا واحداً . لانها قد صارت نماء متميزاً . فالحكم فى قطعها وتبقيتها على ما مضى

فان قال بائع النخل قد كنت رجعت فيها قبل التأبير . فان صدقه المفلس والغرماء على ذلك أو كذبوه وأقام على ذلك بينة حكم له بالثمرة وان كذبه المفلس والغرماء ولا بينة فالقول قول المفلس مع يمينه . لأن الاصل عدم الرجوع . فاذا حلف المفلس كانت الثمرة ملكا له وقسمت على الغرماء . وان نكل عن اليمين فهل يحلف الغرماء . فيه قولان مضى بيانهما

فاذا قلنا يحلفون فحلفوا قسمت الثمرة بينهم . وان نكلوا أو قلنا لا يحلفون عرضت اليمين على البائع فان حلف ثبت ملك الطلع له . وان نكل قال ابن الصباغ سقط حقه وكانت الثمرة للمفلس وقسمت بين الغرماء

وان صدق الغرماء البائع وكذبوا المفلس نظرت فى الغرماء فان كان فيهم عدلان فشهدا للبائع أنه رجع قبل التأبير قبلت شهادتهما له . وحكم بالثمرة للبائع لأنهما لا يجران الى أنفسهما نفعاً بهذه الشهادة ولا يدفعان عنهما ضرراً . وكذلك ان كان فيهم عدل واحد حلف مع البائع حكم له بالثمرة . هكذا فى الروضة والتحفة والحاوى من كتب المذهب . وان كانوا فساقا أو لم تقبل شهادتهم للبائع لسبب من الاسباب المانعة فالقول قول المفلس مع يمينه

قال العمراني : قلت : والذى يقتضيه المذهب أنه يحلف : ما يعلم أن البائع رجع فيها قبل التأبير ، وكذلك الغرماء إذا حلفوا ، لأنه يحلف على نفى فعل الغير فاذا حلف المفلس ملك الثمرة : فان لم يختر دفع الثمرة إلى الغرماء ولا بيعها لهم لم يجبر على ذلك ، ولا لهم أن يطالبوه بذلك لأنهم يقرون أنها ملك للبائع دون المفلس ؛ ولكن يصرف اليهم سائر أمواله ، ويفك عنه الحجر ، ويتصرف فى الثمرة كيف شاء اه .

فان اختار المفلس دفع الثمرة إلى الغرماء ، فهل يجبر الغرماء على قبولها ، فيه وجهان . أحدهما وهو المذهب ، ولم يذكر الشيخ أبو حامد غيره : أنهم يجبرون فيقال لهم : إما أن تقبلوها أو تبرئوه من قدرها من دينكم كما قال الشافعى فى المكاتب إذا حمل إلى سيده مالا عن كتابته . وقال للسيد : هو حرام : أنه يلزمه أن يأخذه أو يبرئه من قدره من ماله عليه .

والثانى : لا يلزمهم ذلك ، لأنهم يقرون المفلس لا يملك ذلك ، ويفارق سيد المكاتب ؛ لأنه يريد الإضرار بالعبد ورد إلى الرق . فلم يقبل منه ولا ضرر على المفلس فى ذلك .

فاذا قلنا بالأول ، وقال الغرماء : نحن لا نأخذ الثمرة ولكنا نفك الحجر عنه ونبريه من حقوقنا ، فهل للمفلس الامتناع ؟ فيه وجهان حكاهما المسعودى ، فان اختار الغرماء أن يبرءوا المفلس من قدر الثمرة من الدين ، فأبروه من ذلك فلا كلام ، وإن لم يختاروا أن يبروه ، فان كان دينهم من جنس الثمرة وجب عليهم أخذها ، وكذلك إذا لم يكن دينهم من جنس الثمرة ، واختاروا أخذ الثمرة عن دينهم ، فان كان دينهم من غـــير السلم جاز ، وبرئت ذمة المفلس من ذلك فاذا أخذوا ذلك لم يملكوه ، ولكن لزمهم رد ذلك إلى البائع ؛ لأنهم قد أقروا أنها ملكه وإنما لم نقبل إقرارهم لحق المفلس . فاذا زال حقه لزمهم حكم اقرارهم الأول كما لو شهد رجلان على رجل أنه أعتق عبده فلم نقبل شهادتهما عليه ، ثم انتقل العبد اليهما أو الى أحدهما بارث أو بيع ، فانه يعتق عليهما باقرار السابق ، وان كانت حقوقهم من غير جنس الثمرة ، فانه لا يلزمهم قبول الثمرة بعينها ، ولكن تباع الثمرة ويدفع الثمن .

قال ابن الصباغ : ولا حق للبائع فى الثمن .

وإن صدق بعض الغرماء البائع وكذبه بعضهم مع المفلس — فإن كان فيما صدق البائع عدلان فشهدا له أو عدل وحلف مع شاهده — حكم للبائع بالثمرة ولا كلام ، وإن لم يكن فيهم من يقبل شهادته له ، فإن القول قول المفلس مع يمينه لما ذكرناه فاذا حلف ملك الثمرة ، فان أراد أن تقسم الثمرة على من صدقه دون من كذبه جاز ، وان اختار قسمتها على الجميع فقد قال الشافعى رضى الله عنه : يدفعها الى الذين صدقوه دون الذين كذبوه .

واختلف أصحابنا فيها على وجهين ، فقال أبو اسحاق : هى كالأول ، وان للمفلس أن يفرق ذلك على الجميع أو بين من يكذبه عما يخصه من الثمرة من الدين لما ذكرناه فى التى قبلها وما ذكره الشافعى رضى الله عنه فمعناه اذا رضى أن يفرقه فيمن صدقه دون من كذبه .

ومنهم من قال : لا يجبر من كذبه على قبض شيء من الثمرة ولا الابراء عن شيء من دينه ، وجهاً واحداً بخلاف الأولى لأنه مع تكذيب جماعتهم له ، به حاجة الى قضاء دينه ، فأجبروا على أخذه .

وفى مسألتنا يمكنه دفعه الى المصدقين له دون المكذبين له ، فاذا قلنا بالاول لزم المصدقين للبائع أن يدفعوا ما خصهم من الثمرة اليه ، ولا يلزم المكذبين له ، والذى يقتضى المذهب ، أن البائع لو سأل من كذبه من الغرماء أن يحلف له أنه ما يعلم أنه رجع قبل التأبير لزم المكذب أن يحلف ، لانه لو خاف من اليمين فأقر لزمه اقراره .

هذا اذا كان المفلس مكذبا للبائع ، فأما اذا كان المفلس مصدقا للبائع أنه رجع قبل التأبير ، وقال الغرماء : بل رجع بعد التأبير ، فهل يقبل اقرار المفلس ؟ فيه قولان كالقولين فيه اذا قال : هذه العين غصبتها من فلان ، أو ابتعتها منه بثمن فى ذمتى ، فهل يقبل فى العين ؟ قولان .

فاذا قلنا : يقبل كانت الثمرة للبائع ولا كلام ، واذا قلنا : لا يقبل فقد قال الشافعى رضى الله عنه : يحلف الغرماء للبائع أنه مارجع قبل الابار .

فمن أصحابنا من قال : فيها قولان ، كما اذا ادعى المفلس مالا ، وأقام شاهداً ولم يحلف معه ، فهل يحلف غرماؤه ، فيه قولان ، وما ذكر الشافعى ههنا فهو أحدهما ، ومنهم من قال : يحلفون ههنا قولا واحداً ، وهناك على قولين ، لأن هناك توجهت اليمين على غيرهم ، ثم نقلت اليهم ، وههنا توجهت عليهم ابتداء ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

{ فصل } وان كان المبيع جارية فحبلت فى ملك المشترى نظرت ، فان أفلس بعد الوضع رجع فى الجارية دون الولد ، كما قلنا فى الرد بالعيب ، ولا يجوز التفريق بين الام والولد . فاما أن يزن البائع قيمة الولد فيأخذه مع الام أو تباع الام والولد فيأخذ البائع ثمن الام . ويأخذ المفلس ثمن الولد .

ومن أصحابنا من قال : اما أن يزن قيمة الولد فيأخذه مع الأم . واما أن يسقط حقه من الرجوع . والمذهب الأول . لانه وجد عين ماله خاليا عن حق غيره فثبت له الرجوع . وان أفلس قبل الوضع ، فان قلنا : لا حكم للحمل رجع فيهما ، لأنه كالسمن . وان قلنا ان الحمل له حكم رجع فى الأم دون الحمل لأنه كالحمل المنفصل . فان باعها وهى حبلى ثم أفلس المشترى نظرت . فان أفلس قبل الوضع رجع فيهما . وان أفلس بعد الوضع . فان قلنا للحمل حكم - رجع فيهما لانهما كعينين باعهما . وان قلنا لا حكم للحمل . رجع فى الام دون الحمل . لانه نماء تميز من ملك المشترى . فلم يرجع فيه البائع . ولا يفرق بين الأم والولد على ما ذكرناه .

(الشرح) الاحكام : اذا باع من رجل بهيمة حائلا ، فحملت فى يد المشترى ثم أفلس المشترى بعد أن ولدت فللبائع أن يرجع فى البهيمة لانها عين ماله . ولا حق له فى ولدها لانه نماء متميز . وحكم الجارية حكم البهيمة الا أنه لا يجوز التفريق بين الجارية وولدها اذا كان صغيراً .

فان قال بائع الجارية أنا أدفع قيمة الولد وأملكه مع الام كان له ذلك وينبغى

على عدم التفريق بين الجارية وولدها مع التقسيط بين الغرماء أقوال للشيخ أبي حامد وابن الصباغ وأبي إسحاق الشيرازي والعمراني لا مجال لذكرها ، ففي كلام المصنف الكفاية في مثل هذا . والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى .

﴿ فصل ﴾ وإن كان المبيع طعاماً فطحنه المشتري ، أو ثوباً فقصره ثم أفلس نظرت فإن لم تزد قيمته بذلك واختار البائع الرجوع رجع فيه ، ولا يكون المشتري شريكا له بقدر عمله ، لأن عمله قد استهلك ولم يظهر له أثر ، وإن زادت قيمته بأن كانت قيمته عشرة فصارت قيمته خمسة عشر ففيه قولان

(أحدهما) أن البائع يرجع فيه ولا يكون المشتري شريكا له بقدر ما عمل فيه وهو قول المزني ، لأنه لم يضف الى المبيع عيناً ، وإنما فرق بالطحن أجزاء مجتمعة ، وفي القصارة أظهر بياضاً كان كامناً في الثوب فلم يصر شريكا للبائع في العين ، كما لو كان المبيع جوزاً فكسره . ولأنه زيادة لا تتميز فلم يتعلق بها حق المفلس ، كما لو كان المبيع غلاماً فعلمه أو حيوانا فسمنه

(والثاني) أن المشتري يكون شريكا للبائع بقدر ما زاد بالعمل ، ويكون حكم العمل حكم العين — وهو الصحيح — لأنها زيادة حصلت بفعله فصار بها شريكا كما لو كان المبيع ثوباً فصبغه ، ولأن القصار يملك حبس العين لقبض الاجرة كما يملك البائع حبس المبيع لقبض الثمن ، فدل على أن العمل كالعين بخلاف كسر الجوز وتعليم الغلام وتسمين الحيوان ، فان الاجير في هذه الاشياء لا يملك حبس العين لقبض الأجرة ، فعلى هذا يباع الثوب فيصرف ثلث الثمن إلى الغرماء والثلثان إلى البائع . وإن كان قد استأجر المشتري من قصر الثوب وطحن الطعام ولم يدفع اليه الأجرة دفع الأجرة الى الأجير من ثمن الثوب : لأن الزيادة حصلت بفعله فقضى حقه من بدله

﴿ فصل ﴾ وإن اشترى من رجل ثوباً بعشرة ومن آخر صبغاً بخمسة ، فصبغ به الثوب ثم أفلس نظرت فان لم تزد ولم تنقص بأن صار قيمة الثوب خمسة

عشر : فقد وجد كل واحد من البائعين عين ماله ، فإن اختار الرجوع صار الثوب بينهما ، لصاحب الثوب الثلثان ولصاحب الصبغ الثلث . وان نقص فصار قيمة الثوب إثنى عشر فقد وجد بائع الثوب عين ماله ، ووجد بائع الصبغ بعض ماله ، لأن النقص دخل عليه بهلاك بعضه ، فان اختار الرجوع كان لبائع الثوب عشرة ولبائع الصبغ درهمان . ويضرب بماهلك من ماله ، وهو ثلاثة مع الغرماء وإن زاد فصار يساوى الثوب عشرين درهماً بنينا على القولين فى أن زيادة القيمة بالعين أم لا . فان قلنا انها ليست كالعين حصلت الزيادة فى مالهما فيقسط بينهما على الثلث والثلثين ، لصاحب الثوب الثلثان ولصاحب الصبغ الثلث ، وإن قلنا انها كالعين كانت الزيادة للمفلس فيكون شريكا للبائعين بالربع

(الشرح) إذا اشترى حنطة من رجل أو ثوباً خاماً أو غزلا ، فطحن الحنطة أو خاط الثوب أو قصره ، أو نسج الغزل ثم أفلس ، فللبائع أن يرجع فى الدقيق والثوب المقصور أو المخيط والغزل المنسوج بلا خلاف على المذهب لأنه وجد عين ماله خاليا عن حق غيره ، فان لم تزد قيمة الثوب والحنطة بذلك فلا شىء المفلس لأن العمل قد استهلك ، فان كان المفلس قد عمل ذلك بنفسه سقط عمله وان استأجر من عمل ذلك ولم يدفع الاجرة لم يكن للأجير أن يشارك بائع الثوب بشىء ، وانما يضرب مع باقى الغرماء فيما عدا الثوب من مال المفلس لأن عمله لم يظهر له قيمة ، وهكذا الحكم اذا نقصت قيمة الثوب والحنطة بذلك واختار البائع الرجوع فلا شىء عليه لأجل النقصان ، لأن المفلس نقص من ماله بيده فاذا اختار الرجوع لم يكن له شىء لأجل النقصان ، كما لو وجد الحيوان مريضاً، ولا شىء المفلس ولا يشارك الاجير بائع الثوب بشىء ، لأن عمله قد استهلك ولكن يضرب مع الغرماء بأجرته

وأما اذا زادت قيمة الثوب أو الحنطة بذلك ففيه قولان :

(أحدهما) يرجع البائع بالثوب أو الدقيق ولا يشاركه المفلس بشىء ، وهو اختيار المزنى ، لأن المشترى لم يضف الى المبيع عيناً ، وانما فرق بالطحن أجزاء مجتمعة وأزال بالقصارة ، ونسج الثوب فلم يشارك البائع ، كما لو اشترى حيوانا

مهزولا فسمن فى يده (والثانى) أن هذه الآثار تجرى مجرى الأعيان ، فيشارك المفلس البائع بقدر الزيادة — وهو الصحيح — لأن الشافعى رضى الله عنه قال ، وبه أقول إنها زيادة من فعل المشترى حصلت فى المبيع فكان له أن يشاركه ، كما لو صبغ الثوب ، ولأن الطحن والقصارة أجريت مجرى الأعيان ، بدليل أن للطحان والقصار والخياط والنساج أن يمسك هذه الأعيان المعمول فيها الى أن يستوفى الأجرة ، فأجريت مجرى الأعيان فيما ذكرناه .

إذا ثبت هذا فان قلنا بالقول الأول فاختار البائع الرجوع فى عين ماله رجع فيها بزيادتها ، فان كان المفلس قد استأجر من عمل ذلك ولم يستوف الأجير أجرته لم يكن للأجير أن يشارك بائع العين بشىء بل يضرب مع الغرماء بقدر أجرته ، وإن قلنا بما اختاره الشافعى من أنها آثار تجرى مجرى الأعيان ، فان كان المفلس تولى العمل بنفسه أو استعان بمن عمل ذلك بغير أجرة ، أو استأجر من عمل ذلك وقد وفى الأجير أجرته فانه يشارك البائع بقدر ما زادت العين بالعمل مثل أن كان الثوب يساوى قبل القصارة [1] عشرة فصار مقصوراً يساوى خمسة عشر ، فللمفلس فى الثوب خمسة

قال ابن الصباغ : فان اختار بائع الثوب أن يدفع الخمسة أجبر المفلس والغرماء على قبولها ، كما اذا غرس المشترى فى الارض المبيعة أو ابتاعها فلبائع الارض أن يدفع قيمة الغراس والبناء ويتملكه مع الارض .

وإن لم يختر بائع الثوب أن يدفع ذلك بيع الثوب ، وكان ثلثا الثمن للبائع ، والثلث للمفلس ، وان كان المفلس قد استأجر من عمل ذلك ولم يدفع اليه شيئا من الاجرة تعلق حق الأجير بالزيادة ، لأنا قد جعلناها كالعين ، فان كانت الزيادة قدر أجرته بأن كانت أجرته خمسة دراهم اختص الاجير بالزيادة وشارك البائع

---

(١) يبدو أن الثياب كانت تباع على عصر الشافعى رضى الله عنه مخيطة ولكى تتناسب مع كل قامة وقوام كانت تكون طويلة ويشتريها من يريد ارتداءها ثم يذهب بها إلى القصار فيهندمها بالتقصير على حسب قامته ، ومن ثم كانت القصارة صناعة رائجة كالخياطة والنساجة .

بها ، وان كانت الزيادة أكثر من أجرته بأن كانت الزيادة عشرة فى حين أن أجرته خمسة كانت الزيادة على مقدار الاجرة من حق المفلس تصرف إلى باقى الغرماء . وإن كانت الزيادة أقل من الأجرة بأن كانت قيمة الثوب قبل القصارة عشرة ، فصارت قيمته مقصوراً ثلاثة عشر وأجرة القصار خمسة ، فان القصار يشارك بائع الثوب بثلاثة دراهم ويضرب مع الغرماء بدرهمين

(فرع) وإن اشترى غلاما فعلمه صنعة مباحة ، أو علمه القرآن ، ثم أفلس المشترى وقد زادت قيمة الغلام بذلك . فاختلف أصحابنا فى ذلك على قولين كالقصار ، لأنه يجوز الاستئجار على ذلك ، وخالف الشيخ أبو حامد وعامة الاصحاب . وكذلك السمن فى البهيمة ، لأنه كان نتيجة علفها ، وهو أمر محتم لبقائها . وسمنها مرجعه بعد ذلك الى الله تعالى .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن كان المبيع أرضا فبناها أو غرسها ، فان أنفق المفلس والغرماء على قلع البناء والغراس ثبت للبائع الرجوع فى الارض ، لأنه وجد عين ماله خاليا عن حق غيره ، فجاز له الرجوع ، فان رجع فيها ثم قلعوا البناء والغراس لزم المفلس تسوية الارض وأرش نقص ان حدث بها من القلع ، لأنه نقص حصل لتخليص ماله ، ويقدم ذلك على سائر الديون ، لانه يجب لإصلاح ماله فقدم كعلف البهائم وأجرة النقال .

وان امتنعوا من القلع لم يجبروا لقوله صلى الله عليه وسلم « ليس لعرق ظالم حق » وهذا غرس وبناء بحق ، فان قال البائع : أنا أعطى قيمة الغراس والبناء وآخذه مع الارض ، أو أقلع وأضمن أرش النقص ، ثبت له الرجوع لانه يرجع فى عين ماله من غير إضرار .

وان امتنع المفلس والغرماء من القلع ، وامتنع البائع من بذل العوض وأرش النقص ، فقد روى المزنى فيه قولين (أحدهما) أنه يرجع (والثانى) أنه لا يرجع ، فمن أصحابنا من قال : ان كانت قيمة الغراس والبناء أقل من قيمة

الأرض فله أن يرجع لأن الغراس والبناء تابع ، فلم يمنع الرجوع ، وإن كانت قيمة الغراس والبناء أكثر من قيمة الأرض لم يرجع لأن الارض صارت كالتبع للغراس والبناء ، وحمل القولين على هذين الحالين .

وذهب المزنى وأبو العباس وأبو إسحاق إلى أنها على قولين

(أحـــدهما) يرجع لأنه وجد عين ماله مشغولا بملك المفلس ، فثبت له الرجوع ، كما لو كان المبيع ثوباً فصبغه المفلس بصبغ من عنده

(والثانى) لا يرجع لأنه إذا رجع فى الارض بقى الغراس والبناء من غير طريق ومن غير شرب ، فيدخل الضرر على المفلس ، والضرر لا يزال بالضرر .

فان قلنا إنه يرجع وامتنع البائع من بذل العوض وأرش النقص ؛ وامتنع المفلس والغرماء من القلع ، فهل يجبر البائع على البيع ، فيه قولان (أحدهما) يجبر لأن الحاجة تدعو الى البيع لقضاء الدين ، فوجب أن يباع كما يباع الصبغ مع الثوب ، وإن لم يكن الصبغ له ويباع ولد المرهونة مع الرهن ، وان لم يدخل فى الرهن (والثانى) لا يجبر لانه يمكن إفراد كل واحد منهما بالبيع ، ولا يجبر على بيعها مع الغراس والبناء .

(الشرح) حـديث « ليس لعرق ظالم حق » أخرجه أبو داود والدارقطنى والشافعى عن عروة بن الزبير عن النبي صلى الله عليه وسـلم مرسلا ، وأخرجه أحمد والترمذى وحسنه وأعله بالإرسال والنسائى وأبو داود من طريق سعيد بن زيد . ورجح الدارقطنى إرساله أيضا . وقد اختلف مع ترجيح الإرسال من هو الصحابى الذى روى من طريقه ؟ فقيل جابر ، وقيل عائشة ، وقيل عبد الله بن عمر ورجح ابن حجر العسقلانى الاول ، وقد اختلف فيه على هشام بن عروة اختلافا كثيراً . ورواه أبو داود الطيالسى من حديث عائشة وفى إسناده زمعه وهو ضعيف . ورواه ابن أبى شـيبة وإسحاق بن راهويه فى مسنديهما من حديث كثير ابن عبد الله بن عمرو بن عوف عن أبيه عن جده ، وعلقه البخارى .

ولفظ حديث سعيد بن زيد قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من أحيا أرضاً ميتة فهى له . وليس لعرق ظالم حق »

وفى حديث رواه جعفر الصادق رضى الله عنه عن أبيه عن سمرة بن جندب رضى الله عنه ، أنه كانت له عضد من نخل فى حائط رجل من الأنصار ، قال ومع الرجل أهله ، قال : وكان سمرة يدخل إلى نخله فيتأذى به الرجل ، ويشق عليه ، فطلب اليه أن يناقله فأبى ، فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك له ، فطلب اليه النبي صلى الله عليه وسلم أن يبيعه فأبى ، فطلب اليه يناقله فأبى ، قال فهبه لى ، ولك كذا وكذا أمراً رغبه فيه ، فأبى . فقال : أنت مضار فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم للانصارى اذهب فاقلع نخله ، وفى سماع محمد الباقر أبى جعفر من سمرة نظر ، والله تعالى أعلم .

أما الأحكام : فإنه إذا ابتاع أرضا من رجل بثمن فى ذمته فغرسها من عنده أو بنى فيها بناء بأدوات من عنده ، ثم أفلس قبل دفع الثمن ، وأراد البائع الرجوع فى أرضه ، فان اتفق المفلس والغرماء على قلع الغراس والبناء من الارض جاز لهم ذلك . لأن الحق لهم ، وللبايع الأرض أن يرجع فيها ، لانها عين ماله ، لم يتعلق بها حق غيره ، فاذا رجع البايع فيها ثم قلعوا البناء والغراس لزمهم تسوية الارض ، وأرش مانقص إن حصل بها بسبب القلع ، لان ذلك حدث لتخليص ملكهم ، وهو كما لو دخل فصيل إلى دار رجل ولم يخرج إلا بنقض الباب . ولرب الفصيل نقض الباب وإخراج فصيله . وعليه إصلاح الباب ، ويكون ذلك مقدما على حق سائر الغرماء .

فان قيل : أليس قد قلتم : ان البائع اذا وجد عين ماله ناقصة فرجع فيها ، فانه لا شيء له . قلنا : الفرق بينهما أن النقص حصل فى ملك المشترى ، فلم يضمنه الا فيما يتقسط عليه الثمن ، وههنا حدث النقص بعد رجوع البايع فى أرضه ، والنقص حصل لتخليص ملكهم فضمنوه ، وان لم يرض المفلس والغرماء بقلع الغراس والبناء لم يكن لبايع الارض اجبارهم على ذلك للحديث « ليس لعرق ظالم حق » وهذا ليس ظالماً لانه غرس أو بنى فى ملكه .

فاذا ثبت هذا : فانهم لا يجبرون ، فان بذل البايع قيمة الغراس والبناء ليملكه مع الأرض ، أو قال : أنا أقلع ذلك وأضمن أرش ما دخل بالقلع من النقص

أجبر المفلس والغرماء على ذلك ، وكان لبائع الارض الرجوع فيها : لان الضرر يزول عن الجميع بذلك .

وان قال بايع الارض : أرجع فيها وأقر الغراس والبناء وأخذ أجرة الارض قال الماوردى كان له ذلك وان امتنع المفلس والغرماء من القلع وامتنع بائع الارض من بذل قيمة الغراس والبناء وأرش ما حصل بالقلع فهل له أن يرجع فى أرضه ؟

قال الشافعى رضى الله عنه فى موضع : له أن يرجع فيها . وقال فى موضع : يسقط حقه من الرجوع فيها . واختلف أصحابنا فيها فمنهم من قال فيها قولان .

(أحدهما) للبايع أن يرجع فى أرضه ، وان لم يبذل قيمة الغراس والبناء لقوله صلى الله عليه وسلم « صاحب المتاع أحق بمتاعه اذا وجده بعينه ولم يفرق » ولان أكثر ما فيه أنه وجده مشغولا بملك غيره ، وذلك لا يسقط حقه من الرجوع كما لو باع ثوباً فصبغه المشترى بصبغ من عنده .

(والثانى) ليس له الرجوع فى أرضه ، لان الارض قد صارت مشغولة بملك غيره فسقط حقه من الرجوع فيها كما لو اشترى من رجل مسامير وسمر بها باباً ثم أفلس البايع فانه ليس للبائع المسامير أن يرجع فيها ولان رجوع البايع فى عين ماله انما جعل له لإزالة الضرر عنه ، فلو جوزنا له الرجوع ههنا لأزلنا عنه الضرر . وألحقناه بالمفلس والغرماء لانه لا يبقى لهما طريق الى غراسهم وبنائهم .

ومنهم من قال : ليست على قولين . وانما هى على حالين . فالموضع الذى قال فيه « يرجع فى أرضه ولا يدفع قيمة الغراس والبناء » محمول على ما اذا كانت قيمة الأرض أكثر من قيمة الغراس والبناء . لان الغراس والبناء تابعان الأرض . والموضع الذى قال فيه « لا يرجع فى الارض اذا كانت قيمة الغراس والبناء أكثر من قيمة الأرض . لان الارض تكون تابعة للغراس والبناء .

والصحيح أنها على قولين . لان البايع لو بذل قيمة الغراس والبناء لكان له الرجوع فى أرضه . سواء كانت قيمة الارض أكثر من قيمة الغراس والبناء أو أقل . فاذا قلنا : ليس له الرجوع فى أرضه فلا كلام . وان قلنا : له الرجوع فى أرضه وان لم يدفع قيمة الغراس والبناء فرجع فيها نظرت فان اتفق الغرماء

والغراس والبائع على بيع الأرض والغراس والبناء بيعاً وقسم الثمن عليهما على قدر قيمتهما وكيفية ذلك أن يقال : كم قيمة الأرض ذات غراس أو بناء؟ فإن قيل خمسون ، قيل وكم قيمة الغراس او البناء منفرداً ، فإن قيل : عشرون ، كان لبائع الأرض ثلاثة أخماس القيمة وللمفلس والغرماء الخمسان .

وإن امتنع البائع من بيع الأرض ففيه قولان (أحدهما) يجبر على بيعها مع البناء والغراس ، ويقسم الثمن عليهما على قدر قيمتهما على ما ذكر من التقسيط لأن الحاجة تدعو إلى البيع لقضاء الدين فبيع الجميع كما لو كان المبيع ثوبا فصبغه المفلس بصبغ من عنده ، فرجع بائع الثوب فيه ، وامتنع من دفع قيمة الصبغ ، فإن الثوب يباع مع الصبغ ، وكذلك إذا كان المبيع جارية فولدت فى يد المشترى ورجع بائع الجارية فيها فإنها تباع مع الولد ، وكذلك إذا كانت مرهونة فولدت فى يد المرتهن فإنه يباع معها .

(القول الثانى) لا يجبر على بيع أرضه : وهو المشهور ، لأنه يمكن إفراد الغراس والبناء بالبيع ، فلم يجبر البائع على بيع أرضه . قالوا فى البيان والروضة والحاوى : بخلاف الصبغ ، فانه لا يمكن إفراده بالبيع ، وكذلك ولد الجارية انما وجب بيعه لأنه لا يجوز التفريق بينها وبين ولدها الصغير .

وحكى الشيخ أبو حامد أن من أصحابنا من قال : تؤاجر الأرض والغراس ثم يكون ما قابل الأرض من الأجرة لبايعها وما قابل الشجر للمفلس والغرماء . قال الشيخ أبو حامد : وهذا خطأ لأن إجارة الشجر لا يجوز ، ولهذا لو غصب شجرة وأقامت فى يده لم تجب عليه أجرتها .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن كان المبيع أرضا فزرعها المشترى ثم أفلس ، واختار البايع الرجوع فى الأرض جاز له ، لأنه وجد عين ماله مشغولا بما ينقل ، فجاز له الرجوع فيه ، كما لو كان المبيع داراً وفيها متاع المشترى ، فان رجع فى الأرض نظرت فى الزرع ، فان استحصد وجب نقله ، وإن لم يستحصد جاز تركه إلى أوان

الحصاد من غير أجرة ، لانه زرعه فى ملكه ، فاذا زال الملك جاز ترك الزرع إلى أوان الحصاد من غير أجرة : كما لو زرع أرضه ثم باع الارض .

(الشرح) كلام المصنف فى هذا الفصل مضى بيانه فى الفصل قبله وهو بمجرده واضح ويزاد عليه من الاحكام ما هو منه فنقول : إذا اشترى من رجل أرضا بثمن فى ذمته ، ومن آخر غراسا فى ذمته ، فغرسه فى الارض ثم أفلس قبل تسليم الثمنين ، فلكل واحد من البائعين الرجوع فى عين ماله ، فاذا رجعا نظرت ، فان أراد صاحب الغراس قلع غراسه كان له ذلك ، ولم يكن لبايع الارض منعه منه ، فاذا قلعه كان تسوية الأرض ، وأرش النقص إن حصل بها ، لأن ذلك حصل لتخليص ملكه .

وان أراد صاحب الارض قلع الغراس ؛ ويضمن أرش النقص أو بذل قيمة الغراس ليتملكه مع الارض ، كان له ذلك ، لانه متصل بملكه فكان له إسقاط حقه منه بدفع قيمته ، وإن أراد صاحب الارض قلع الغراس من غير ضمان فهل يجبر بايع الغراس على ذلك ، فيه وجهان .

(أحدهما) ليس له ذلك ، لانه ليس بعرق ظالم ، ولانه لو كان باقيا على ملك المفلس لم يكن لصاحب الارض أن يطالب بقلعه من غير ضمان ، فكذلك من انتقل اليه منه .

(والثانى) له ذلك لانه إنما بياع منه الغراس مقلوعا . فكان عليه أن يأخذه مقطوعا ، ويفارق المفلس لانه غرسه فى ملكه ، فثبت حقه فى ذلك .

قال ابن الصباغ : اذا اشترى من رجل حبا فزرعه فى أرضه ؛ ومن آخر ماء فسقاه به فنبت وأفلس ، فانهما يضربان مع الغرماء بثمن الماء والحب ، ولا يرجعان بالزرع لان عين مالهما غير موجودة فيه ، فهو كما لو اشترى طعاما فأطعمه عبده حتى كبر فانه لا حق له فى العبد ، ولأن نصيب الماء غير معلوم لاحد من الخلق .

قال العمرانى : قلت . وقد مضى فى البذر وجه آخر أنه يرجع فيهما فتحتمل أن يكون لابن الصباغ اختيار أحدهما اه .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصـل ﴾ وإن كان المبيع من ذوات الامثال كالحبوب والادهان فخلطه بجنسه نظرت ، فان خلطه بمثله كان للبائع أن يرجع ، لان عين ماله موجود من جهة الحكم ويملك أخذه بالقسمة فان رجع واتفقا على القسمة قسم ودفع اليه مثل مكيلته ، فان طلب البائع البيع فهل يجبر المفلس ؟ فيه وجهان
(أحدهما) لا يجبر لانه تمكن القسمة فلا يجبر على البيع كالمال بين الشريكين .
(والثانى) يجبر لانه إذا بيع وصل البائع الى بدل ماله بعينه ، واذا قسم لم يصل الى جميع ماله ولا الى بدله ؛ وان خلطه بأردأ منه فله أن يرجع لان عين ماله موجودة من طريق الحكم فملك أخذه بالقسمة ، وكيف يرجع ، فيه وجهان .
قال أبو اسحاق : يباع الزيتان ويقسم ثمنه بينهما على قدر قيمتهما ، لانه ان أخذ مثل زيته بالكيل كان ذلك أنقص من حقه ، وان أخذ أكثر من زيته كان ربا فوجب البيع .

(والثانى) وهو المنصوص أنه يأخذ مثل زيته بالكيل لانه وجد عين ماله ناقصا فرجع فيه مع النقص، كما لو كان عين ماله ثوبا فحدث به عيب عندالمشترى فان خلطه بأجود منه ففيه قولان (أحدهما) يرجع وهو قول المزنى لانه وجد عين ماله مختلطا بمالا يتميز عنه ، فأشبه اذا خلطه بمثله أو كان ثوبا فصبغه .
(والثانى) أنه لا يرجع لان عين ماله غير موجود حقيقة لانه اختلط بمالا يمكن تمييزه منه حقيقة ولا حكما ، لانه لا يمكن المطالبة بمثل مكيلته منه ، ويخالف اذا خلطه بمثله ، لأنه تمكن المطالبة بمثل مكيلته . ويخالف الثوب اذا صبغه لان الثوب موجود وانما تغير لونه . فان قلنا انه يرجع فكيف يرجع ؟ فيه قولان (أحدهما) يباع الزيتان ويقسم ثمنه بينهما على قدر قيمتهما لانه لا يمكن أن يأخذ مثل زيته بالكيل لانه يأخذ أكثر من حقه . ولا يمكن أن يأخذ أقل من زيته بالكيل لانه ربا فوجب البيع .

(والثانى) يرجع من الزيت بقيمة مكيلته . فيكون قد أخذ بعض حقه وترك بعضه باختياره .

(الشرح) الأحكام : إذا ابتاع شيئاً من ذوات الأمثال فخلطه بجنسه ولم يتميز ففيه ثلاث مسائل :

(المسألة الأولى) أن يخلطه بأجود ، مثل أن يشترى كيلو من زيت بذر القطن يساوى عشرة قروش فخلطه بكيلو من زيت الزيتون يساوى أربعين قرشا وأفلس المشترى قبل دفع الثمن ، فهل للبائع أن يرجع فى عين ماله ؟ فيه قولان . أحدهما له أن يرجع وهو اختيار المزنى لأنه ليس فيه أكثر من أنه وجد عين ماله مختلطا بمال المفلس وذلك لا يمنع الرجوع ، كما لو اشترى ثوبا فصبغه بصبغ من عنده ، فإن لبائع الثوب أن يرجع فيه

والثانى : ليس له أن يرجع فى عين ماله . قال الشافعى رضى الله عنه : وهذا أصح وبه أقول . لأنه لا يجوز له أن يرجع بمثل مكيله لأن ذلك أكثر قيمة من عين ماله ؛ ولا بقيمة صاعه لأن ذلك أنقص من حقه .

فاذا قلنا بهذا ضرب مع الغرماء بالثمن ، وإذا قلنا بالأول فكيف يرجع ؟ فيه قولان حكاهما المصنف وابن الصباغ . وأما الشيخ أبو حامد فحكاهما وجهين . أحدهما وهو قول المصنف واختيار ابن الصباغ : يباع الزيتان وتؤخذ قيمة أربعة أخماس الزيت وهو الأربعون قرشا ، لأنا لو قلنا له الرجوع فى أربعة أخماس الزيت لكان ربا .

(والثانى) وهو اختيار الشيخ أبى حامد ، وهو المنصوص فى الام أنه يرجع فى أربعة أخماس الزيت لانه ليس ببيع ، وانما وضع ذلك عن وزن زيته وتقويمه

المسألة الثانية : أن يخلطه بمثله ، مثل أن يشترى كيلو من زيت يساوى عشرة قروش كزيت بذر القطن فخلطه بكيلو من زيت البقل يساوى عشرة قروش . وأفلس المشترى قبل دفع الثمن فللبائع أن يرجع فى عين ماله لأنها موجودة من جهة الحكم ، فان طلب البائع قسمة الزيت أجبر المفلس والغرماء على القسمة ، كما لو ورث جماعة زيتا وطلب واحد منهم قسمته فانه يقسم ويجبر الممتنع ، وان طلب البائع بيع الزيت وقسمته فانه يقسم ويجبر الممتنع . وان طلب البائع بيع الزيت وقسم ثمنه فهل يجبر المفلس على ذلك ؟ فيه وجهان

أحدهما : لا يجبر على البيع ، لان البائع يمكنه الوصول إلى حقه من جهة القسمة فلم يكن له المطالبة بالبيع ، كما لو ورث جماعة زيتا وطلب واحد منهم البيع فان شركاءه لا يجبرون على البيع

والثاني : يجبر المفلس على البيع لأن بالقسمة لا يصل إلى عين ماله ، وربما كان له غرض فى أن لا يأكل من زيت المشترى .

المسألة الثالثة : اذا خلطه بأردأ من زيته بأن اشترى كيلو من زيت الزيتون يساوى أربعين قرشا فخلطه بكيلو من زيت السمسم يساوى عشرين قرشا ثم أفلس فللبائع أن يرجع فى عين ماله قولا واحدا ، لان عين ماله موجودة بطريق الحكم ، فان رضى البائع بأخذ كيلو منه أجبر المفلس على ذلك لانه أنقص من حقه ، وان لم يرض البائع بذلك ففيه ثلاثة أوجه حكاها الشيخ أبو حامد .

(أحدها) ليس له إلا قدر وزنه ، لانه وجد عين ماله ناقصا ، فاذا اختار الرجوع فيه لم يكن له غيره ، كما لو كان المبيع ثوبا فلبسه المشترى ونقص

(والثانى) وهو قول المصنف . ولم يذكر ابن الصباغ غيره ان الزيتان يباعان ويدفع إلى البائع قيمة الكيلو الخاص به ، وهو أربعون قرشا كما قال فى المسألة الاولى ، لانه ان أخذ بمثل كيل زيته كان أنقص من حقه ؛ وإن أخذ أكثر من مكيلة زيته كان ربا .

(والثالث) حكاه ابن المرزبان : أن له أن يأخذ منه كيلا وثلث كيل بقيمة كيل من زيته ، كما قال الشافعى فى المسألة الاولى والاول أصح والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ وإن أسلم إلى رجل فى شىء وأفلس المسلم اليه وحجر عليه ، فان كان رأس المال باقيا فله ان يفسخ العقد ، ويرجع الى عين ماله لانه وجد عين ماله خاليا من حق غيره فرجع اليه كالمبيع ، وإن كان رأس المال تالفا ضرب مع الغرماء بقدر المسلم فيه ، فان لم يكن فى ماله الجنس المسلم فيه اشترى ودفع اليه لان أخذ العوض عن المسلم فيه لا يجوز

وقال أبو إسحاق : اذا أفلس المسلم اليه فللمسلم أن يفسخ العقد ويضرب مع

الغرماء برأس المال لأنه يتعذر تسليم المسلم فيه فثبت الفسخ كما لو أسلم فى الرطب فانقطع ، والمذهب أنه لا يثبت الفسخ لأنه غير واجد لعين ماله فلم يملك الفسخ بالافلاس كما لو باعه عينا فأفلس المشترى بالثمن والعين تالفة ويخالف إذا أسلم وانقطع الرطب لأن الفسخ هناك لتعذر المعقود عليه قبل التسليم وههنا الفسخ بالافلاس والفسخ بالافلاس إنما يكون لمن وجد عين ماله وهذا غير واجد لعين ماله فلم يملك الفسخ .

(الشرح) الأحكام : إذا أسلم رجل إلى غيره فى شىء على صفة ، ثم أفلس المسلم قبل أن يأخذ المسلم فيه ، فإن أراد المسلم أن يأخذ المسلم فيه بدون الصفة التى اسلم فيها لم يجز من غير رضا الغرماء لأن حقوقهم تعلقت بماله ، وإن رضى المفلس والغرما بذلك جاز ، لأن الحق لهم ولا يخرج عنهم .

فان قيل : ما الفرق بين هذا وبين المكاتب إذا أذن له سيده فى أن يبرئه عن الدين أنه لا يصح إبراؤه فى أحد القولين ؟

قلنا : الفرق بينهما على هذا القول أن المفلس كامل الملك إلا أنه منع من التصرف فى ماله لتعلق حق الغير بماله ، فاذا أذن له ذلك الغير فى التصرف بماله صح تصرفه كالمرتهن إذا أذن الراهن ، وليس كذلك المكاتب ، فان المنع لنقصان ملكه ، فاذا أذن له سيده لم يتكامل ملكه بذلك ؛ فان كان المفلس هو المسلم اليه فحجر عليه قبل أن يقبض المسلم المسلم فيه ، فان كان المسلم فيه موجودا فى مال المسلم اليه أخذ من ماله منه ، وان كان معدوماً اشترى له بما يخصه من ماله من جنس المسلم فيه ، لان أخذ العوض عن المسلم فيه لا يجوز .

قال أبو إسحاق : المسلم بالخيار بين أن يقيم بالعقد ويضرب مع الغرماء بقدر المسلم فيه ، وبين أن يفسخ العقد ، فيضرب مع الغرماء برأس مال السلم كما قال الشافعى رضى الله عنه ، والمنصوص أنه لا يملك فسخ العقد ، بل يضرب مع الغرماء بقدر المسلم فيه ، كما أن البائع إذا وجد المبيع تالفاً ليس له أن يفسخ البيع ويضرب بقيمة العين المبيعة ، ويفارق إذا انقطع المسلم فيه ، لان له غرضا فى الفسخ ، وهو أنه يرجع برأس ماله فى الحال — وعليه مشقة فى التأخير — إلى وجود المسلم فيه .

إذا ثبت هذا فضرب مع الغرماء بقيمة المسلم فيه وعزل ما يخصه ليشترى له المسلم فيه ، فإن أسلم فى مائة إردب ذرة وكانت قيمتها مائتى جنيه عند القسمة ، فعزل له ذلك ، فرخص السعر حتى صارت المائة إردب قبل الابتياع تساوى مائة جنيه ، اشترى له مائة إردب وقسمت المائة جنيه على باقى الغرماء ، إن بقى لهم من دينهم شيء ، أو ردت على المفلس ان استوفى أصحاب الديون حقوقهم .

وإن غلا الطعام عند الابتياع فصارت المائة تساوى ثلاثمائة جنيه اشترى بالمائتين المعزولة بقدرها ذرة . قال الشيخ أبو حامد : ويكون الباقى فى ذمة المسلم اليه . وقال ابن الصباغ : يرجع على الغرماء بما يخصهم من ذلك ، لأنه بان أن حقه فى المسلم فيه دون القيمة . والله أعلم

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن أكرى أرضاً فأفلس المكترى بالأجرة ، فإن كان قبل استيفاء شيء من المنافع فله أن يفسخ لأن المنافع فى الاجارة كالاعيان المبيعة فى البيع . ثم اذا أفلس المشترى والعين باقية ثبت له الفسخ ، فكذلك اذا أفلس المكترى والمنافع باقية وجب أن يثبت له الفسخ . وان أفلس وقد استوفى بعض المنافع وبقى البعض ضرب مع الغرماء بحصة ما مضى ، وفسخ فيما بقى كما لو ابتاع عبدين وتلف عنده أحدهما ثم أفلس فإنه يضرب بثمن ما تلف مع الغرماء ويفسخ البيع فيما بقى ، فإن فسخ وفى الأرض زرع لم يستحصد نظرت ، فان اتفق الغرماء والمفلس على تبقيته بأجرة الى وقت الحصاد لزم المكرى قبوله لأنه زرع بحق وقد بذل له الاجرة لما بقى فلزمه قبولها ، وان لم يبذل له الأجرة جاز له المطالبة بقطعه ، لأن التبقية الى الحصاد لدفع الضرر عن المفلس والغرماء ، والضرر لا يزال بالضرر ، وفى تبقيته من غير عوض اضرار بالمكرى

وان دعا بعضهم الى القطع وبعضهم الى التبقية نظرت فان كان الزرع لا قيمة له فى الحال كالطعام فى أول ما يخرج من الارض لم يقطع ، لأنه اذا قطع لم يكن له قيمة ، واذا ترك صار له قيمة ، فقدم قول من دعا الى الترك ، وان كان له قيمة كالقصيل الذى يقطع ففيه وجهان :

(أحدهما) يقدم قول من دعا الى القطع لأن من دعا الى القطع تعجل حقه فلم يؤخر (والثانى) وهو قول أبى اسحاق أنه يفعل ما هو أحظ ، والاول أظهر .

(الشرح) قوله القصيل ، فعيل من القصل وهو القطع وبابه ضرب ، وقصل الدابة علفها قصيلا ، وبابه ضرب ، والقصل بفتحتين فى الطعام مثل الزؤان ، والقصالة بالضم ما يعزل من البر اذا نقى ثم يداس الثانية

أما الأحكام فانه اذا اكترى منه ارضا بأجرة فى ذمته فأفلس المكترى بالاجرة قبل دفعها ، فان كان بعد استيفاء مدة الإجارة ضرب المكرى بالاجرة مع الغرماء ، وان كان قبل أن يمضى شىء من مدة الإجارة فالمكرى بالخيار بين أن يضرب مع الغرماء بالاجرة فيقر العقد، وبين أن يفسخ عقد الايجار ويرجع الى منفعة أرضه ، لأن المنفعة كالعين المبيعة فجاز له الرجوع اليها

وان كان بعد مضى شىء من مدة الاجارة فالمكرى بالخيار بين أن ينفذ العقد ويضرب مع الغرماء بالاجرة ، وبين أن يفسخ عقد الاجارة فيما بقى من المدة ، ويضرب مع الغرماء بالاجرة لما مضى ، كما تقول فيمن باع عبدين بثمن فتلف أحدهما فى يد المشترى وبقى الآخر

اذا ثبت هذا فان اختار فسخ عقد الاجارة وفى الارض زرع ، فان كان قد استحصد — أعنى تهيأ للحصد — فله أن يطالب المفلس والغرماء بحصاده وتفريغ الارض ، وان كان الزرع لم يستحصد — فان اتفق المفلس والغرماء على قطعه جاز ، سواء كانت له قيمة أو لم تكن ، ولا يعترض عليهم الحاكم لأن الحق لهم وان اتفق على تركه وبذلوا المكرى أجرة مثل الارض الى الحصاد لزمه قبول ذلك ولم يكن له مطالبتهم بقلعه ، لانه « ليس بعرق ظالم »

وان امتنع المفلس والغرماء من بذل الأجرة كان للمكترى مطالبتهم بفعله أعنى بحصده ، لأنا قد جوزنا له الرجوع الى عين ماله ، وعين ماله هو المنفعة فلا يجوز تفويتها عليه بغير عوض ، بخلاف ما لو باع أرضا وزرعها المشترى وأفلس ، ثم رجع بائع الأرض فيها فانه يلزمه تبقية الزرع الى الحصاد بغير أجرة ، لان المعقود عليه فى البيع هو العين . والمنفعة تابعة ، لا يقابلها عوض ،

وإنما دخل المشترى فى العقد على أن يكون بغير عوض ، وفى الإجارة المعقود عليه هو المنفعة ، فلا يجوز استيفاؤها بغير عوض .

وإن اختلف المفلس والغرماء ، فقال بعضهم : يقلع ، وقال بعضهم يبقى الى الحصاد — فإن كان الزرع لا قيمة له ، كالزرع أول خروجه ، قدم قول من دعا إلى التبقية ، لأن من دعا إلى القلع دعا إلى الإتلاف فلا يجاب إلى ذلك ،
وان كان الزرع ذا قيمة كالقصيل ففيه وجهان . قال أبو إسحاق : يفعل مافيه الأحظ ، لأن الحجر يقتضى طلب الحظ .

وقال أكثر أصحابنا : يجاب قول من دعا إلى القلع ، وقد مضى دليلها ، فان قيل : فما الفرق بين هذا وبين من ابتاع أرضاً وغرسها ثم أفلس المبتاع ، وأخذ البائع عين ماله وهو الأرض ، وصار الغراس للمفلس والغرماء ، فقال بعضهم نقلع ، وقال بعضهم يبقى أنه يقدم قول من قال : يبقى : قلنا . الفرق بينهما على هذا الوجه أن من دعا إلى قلع الغراس يريد الإضرار بغيره ، لأن بيع الغراس فى الأرض أكثر لثمنه ، فلم يجب قول من دعا إلى قلعه ، وليس كذلك فى الزرع ، فإن من دعا إلى القلع فيه منفعة من غير ضرر ، لأن الزرع إذا بقى قد يسلم وقد لا يسلم .

إذا ثبت هذا : فإن اتفقوا على تبقية الزرع إلى الحصاد واحتاج إلى زرع ومؤنة فإن اتفق الغرماء والمفلس على أن ينفقوا عليه من مال المفلس الذى لم يقسم ففيه وجهان (أحدهما) لا ينفق منه أحد ، لأن حصول هذا الزرع مظنون . فلا ينبغى أن يتلف عليه مال موجود ، والثانى وهو المذهب أن ينفق منه لأن ذلك من مصلحة المال ، ويقصد به تنمية المال فى العادة .

وان دعا الغرماء المفلس الى أن ينفق عليه وأبى المفلس ذلك لم يجبر عليه لأنه لا يجب عليه تنمية المال للغرماء ، فإن تطوع الغرماء أو بعضهم بالإنفاق عليه من غير اذن المفلس والحاكم لم يرجعوا بما أنفقوا عليه لأنهم متطوعون به ، وان أنفق بعضهم بإذن الحاكم أو المفلس على أن يرجع على المفلس بما أنفق جاز ذلك وكان له ديناً فى ذمة المفلس ، لا يشاركه به الغرماء ، لانه وجب عليه بعد الحجر . وان أنفق

عليه بعض الغرماء بإذن باقى الغرماء على أن يرجع عليهم ، رجع عليهم بما أنفق من مالهم .

(فرع) قال الشافعى رضى الله عنه فى الأم : ولو اكترى ظهرا لتحمل له طعاما إلى بلد من البلدان لحمله وأفلس المكترى قبل دفع الأجرة ضرب المكرى مع الغرماء بالأجرة ، فإن أفلس قبل أن يصل إلى البلد نظرت ، فان كان الموضع الذى بلغ اليه آمناً كان له فسخ الإجارة فيما بقى من المسافة ، ويضع الطعام عند الحاكم .

قال ابن الصباغ : وإن وضعه على يد عدل بغير إذن الحاكم ففيه وجهان ، كالمودع إذا أراد السفر فأودع الوديعة بغير إذن الحاكم فهل تضمن ؟ فيه قولان والصحيح وجهان ، وان كان الموضع مخوفا لزمه حمل الطعام إلى الموضع الذى أكراه ليحمله أو إلى موضع دونه يأمن عليه ، لأنه استحق منفعته بحق الإجارة قبل الحجر .

وإن اكترى منه ظهراً فى ذمته فأفلس المكرى ، فان المكترى يضرب مع الغرماء بقيمة المنفعة إن كان لم يستوف شيئاً منها أو بقيمة ما بقى منها إن استوفى بعضها ، لأن حقه متعلق بذمته ، كما لو باعه عينا فى ذمته ، فان كان ما يخصه من مال المفلس لا يبلغ ما اكترى به ، وكانت الاجرة باقية . فللمكترى أن يفسخ الإجارة ويرجع إلى عين ماله إن كان لم يستوف شيئا من المنفعة أو إلى بعضها ان استوفى شيئا من المنفعة ، لأن الاجرة كالعين المبيعة والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) اذا قسم مال المفلس بين الغرماء ففى حجره وجهان (أحدهما) يزول الحجر لان المعنى الذى لاجله حجر عليه حفظ المال على الغرماء وقد زال ذلك فزال الحجر كالمجنون اذا أفاق (والثانى) لا يزول الا بالحاكم لأنه حجر ثبت بالحاكم فلم يزل الا بالحاكم كالحجر على المبذر .

(الشرح) الأحكام : اذا قسم مال المفلس بين غرمائه ففى حجره وجهان (أحدهما) يزول عنه من غير حكم الحاكم لان الحجر كان لاجل المال ، وقد زال

المال فزال الحجر بزواله ، كما أن المجنون محجور عليه بالجنون ، فاذا زال الجنون زال الحجر (والثانى) لا يزول الحجر الا بحكم الحاكم ، لأنه حجر ثبت بحكم الحاكم فلم يزل الا بحكمه كالحجر على السفيه .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ومن مات وعليه ديون تعلقت الديون بماله كما تتعلق بالحجر فى حياته فان كان عليه دين مؤجل حل الدين بالموت لما روى ابن عمر رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا مات الرجل وله دين الى أجل وعليه دين الى أجل فالذى عليه حال والذى له الى أجله ولان الاجل جعل رفقا بمن عليه الدين والرفق بعد الموت أن يقضى دينه وتبرأ ذمته ، والدليل عليه ما روى أبو هريرة أن النبي (ص) قال نفس المؤمن مرتهنة فى قبره بدينه الى أن يقضى عنه .

(الشرح) الحديثان اللذان رواهما ابن عمر رضى الله عنهما وأبو هريرة رضى الله عنه تكلم فيهما شيخنا النووى فى كتاب الجنائز من المجموع وأطال ووفى .

أما الأحكام : فقد قال الشافعى رضى الله عنه فى باب حلول دين الميت والدين عليه من الأم : واذا مات الرجل وله على الناس ديون الى أجل ، فهى الى أجلها ، لا تحل بموته ، ولو كانت الديون على الميت الى أجل فلم أعلم مخالفا حفظت عنه ممن لقيت بأنها حالة يتحاص فيها الغرماء ، فان فضل فضل كان لأهل الميراث ووصايا ان كانت له ، قال : ويشبه — والله أعلم — أن يكون من حجة من قال هذا القول مع تتابعهم عليه ، أن يقولوا لما كان غرماء الميت أحق بماله فى حياته منه ، كانوا أحق بماله بعد وفاته من ورثته ، فلو تركنا ديونهم الى حلولها كما يدعها فى الحياة كنا منعنا الميت أن تبرأ ذمته ، ومنعنا الوارث أن يأخذ الفضل عن دين غريم أبيه ، ولعل من حجتهم أن يقولوا : ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه دينه » أخبرنا ابراهيم بن سعد عن أبيه عن عمر بن أبي سلمة عن أبيه عن أبي هريرة (رض) قال قال رسول الله (ص) « نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه دينه » .

قال الشافعي رضي‌الله عنه : فلما كان كفنه من رأس ماله دون غرمائه ونفسه معلقة بدينه وكان المـال ملكا له ، أشبه أن يجعل قضـاء دينه ، لان نفسه معلقة بدينه ، ولم يجز أن يكون مال الميت زائلا عنه ، فلا يصير الى غرمائه ، ولا الى ورثته ، وذلك أنه لا يجوز أن يأخذه ورثته دون غرمائه ، ولو وقف إلى قضاء دينه علق روحه بدينه ، وكان ماله معرضاً أن يهلك ؛ فلا يؤدى عن ذمته ولا يكون لورثته فلم يكن فيه منزلة أولى من أن يحل دينه ثم يعطى ما بقى ورثته اه ،

ونعود الى كلام المصنف رحمه الله تعالى فنقول وبالله التوفيق والعون :

من مات وعليه ديون تعلقت بماله ، وبهذا قال عثمان وعلى وأبو هريرة رضى الله عنهم ، وقال مالك وأبو حنيفة لا يتعلق بماله

دليلنا حديث ابن عمر فى الفصل ولأنه لا وجه لبقاء تأجيله لأنه لا يخلو اما أن يبقى فى ذمة الميت أو فى ذمة الورثة أو متعلقاً بأعيان المال فبطل أن يبقى فى ذمة الميت لأن ذمته خربت بموته وبطل أن يبقى فى ذمة الورثة لأن صاحب الدين لم يرض بذممهم . ولانه لو تعلق بذممهم — اذا كان للميت مال تعلق بذممهم — وان لم يكن للميت مال . وبطل أن يقال : يبقى مؤجلا متعلقا بأعيان ماله . لأن ذلك اضرار بصاحب الدين . لان أعيان المال ربما تلفت . واضرار بالميت لأن ذمته لا تبرأ حتى يقضى عنه . لحديث أبى هريرة المسوق فى الفصـل وفى كلام الشافعى . فإذا بطلت هذه الاقيسة لم يبق الا القول بحلوله

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) فان تصرف الوارث فى التركة قبل مضى الدين ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يصح لانه مال تعلق به دين فلا يصـح التصرف فيه من غير رضى من له الحق كالمرهون

(والثانى) يصح لأنه حق تعلق بالمال من غير رضا المالك فلم يمنع التصرف كمال المريض . وان قلنا انه يصح فان قضى الوارث الدين نفذ تصرفه وان لم يقض فسخنا . وان باع عبداً ومات وتصرف الوارث فى التركة ثم وجد المشترى بالعبد

عيبا فرده . أو وقع فى بئر كان حفرها بهيمة ففى تصرف الورثة وجهان .
(أحدهما) أنه يصح لانهم تصرفوا فى ملك لهم لا يتعلق به حق أحد
(والثانى) يبطل لأنا تبينا انهم تصرفوا والدين متعلق بالتركة ، فان كان فى غرماء الميت من باع شيئا ووجد عين ماله . فان لم تف التركة بالدين فهو بالخيار بين أن يضرب مع الغرماء بالثمن وبين أن يفسخ ويرجع فى عين ماله لما روى عن أبى هريرة رضى الله عنه أنه قال فى رجل أفلس : هذا الذى قضى فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم « أيما رجل مات أو أفلس فصاحب المتاع أحق بمتاعه اذا وجده بعينه »

فان كانت التركة تفى بالدين ففيه وجهان « أحدهما » وهو قول أبى سعيد الاصطخرى رحمه الله أن له أن يرجع فى عين ماله لحديث أبى هريرة
(والثانى) لا يجوز أن يرجع فى عين ماله . وهو المذهب . لأن المال يفى بالدين فلم يجز الرجوع فى المبيع كالحى الملىء . وحديث أبى هريرة قد روى فيه ابو بكر النيسابورى : وان خلف وفاء فهو أسوة الغرماء

(الشرح) الاحكام : فاذا تصرف الوارث بالتركة أو ببعضها قبل قضاء الدين فهل يصح تصرفه ؟ فيه وجهان « أحدهما » لا يصح سواء بقى من التركة ما يفى من الدين أو لم يبق . لأن مال الميت تعلق به ما عليه من الدين فلم يصح تصرف الوارث فيه . كالراهن اذا تصرف فى الرهن قبل قضاء الدين
« والثانى » يصح تصرفه لأنه حق تعلق بالمال بعد رضاء المالك فلم يمنع صحة التصرف كتصرف المريض فى ماله . فاذا قلنا بهذا فان قضى الدين نفذ تصرفه . وان لم يقض الدين لم ينفذ تصرفه . لانا انما صححنا التصرف تصحيحا موقوفا على قضاء الدين كما صححنا من تصرف تصرفا موقوفا . فإن باع عبداً ثم مات البائع . أو وجد المشترى بالعبد الذى اشتراه عيبا فرده . فان كان الثمن باقياً بعينه استرجعه . وان كان تالفاً رجع المشترى بالثمن فى تركة الميت
فان كان الوارث قد تصرف بالتركة قبل ذلك . أو كان حفر الرجل بئراً فى طريق المسلمين ومات وتصرف وارثه بتركته ثم وقع فى تلك البئر بهيمة أو انسان

وجب ضمان ذلك فى تركة الميت . وهل يصح تصرف الوارث قبل ذلك ؟ إن قلنا فى المسألة قبلها إنه يصح تصرفه فههنا أولى . وإن قلنا هناك لا يصح ، فى هذه وجهان ، أحدهما ، يصح تصرفه لأنه تصرف فى مال له لم يتعلق به حق أحد . والثانى ، لا يصح ، لأنا بينا أنه تصرف والدين معلق بالتركة

(فرع) إذا كان فى غرماء الميت من باع منه عينا ، ووجد عين ماله ، ولم يقبض ثمنها ، فإن كانت التركة لا تفى بالدين فللبائع أن يرجع فى عين ماله . وقال مالك وأبو حنيفة لا يرجع فيها . بل يضرب مع الغرماء بدينه

دليلنا ما روى عمرو بن خلدة الزرقى . وقد مضى تخريجنا له قال : أتينا أباهريرة رضى الله عنه فى صاحب لنا أفلس فقال ، هذا الذى قضى فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم : أيما رجل مات أو أفلس ، فصاحب المتاع أحق بمتاعه إذا وجده بعينه، وهذا نص فى موضع الخلاف؛ وإن كان ماله يفى بالدين ففيه وجهان قال أبو سعيد الاصطخرى : للبائع أن يرجع بعين ماله لحديث أبى هريرة رضى الله عنه ، فإنه لم يفرق

والثانى : ليس له أن يرجع بعين ماله . وهو المذهب ، لأن ماله يفى بدينه ، فلم يكن للبائع الرجوع بعين ماله كما لو كان حياً . وأما الخبر فمحمول عليه إذا مات مفلساً مع أنه قد روى أبو بكر النيسابورى بإسناده عن أبى هريرة : وإن خلف وفاء فهو اسوة الغرماء . فيكون حجة لنا

قال المصنف رحمه الله تعالى .

(فصل) إذا قسم مال المفلس أو مال الميت بين الغرماء ثم ظهر غريم آخر رجع على الغرماء وشاركهم فيما أخذوه على قدر دينه ، لأنا إنما قسمنا بينهم بحكم الظاهر إنه لا غريم له غيرهم ، فإذا بان بخلاف ذلك وجب نقض القسمة كالحاكم إذا حكم بحكم ثم وجد النص بخلافه .

وان أكرى رجل داره سنة وقبض الأجرة وتصرف فيها ثم أفلس وقسم ماله بين الغرماء ثم انهدمت الدار فى أثناء المدة فإن المكترى يرجع على المفلس بأجرة ما بقى ، وهل يشارك الغرماء فيما اقتسموا به أم لا . فيه وجهان

(أحدهما) لا يشاركهم لأنه دين وجب بعد القسمة فلم يشارك به الغرماء فيما اقتسموا ، كما لو استقرض مالا بعد القسمة .

(والثانى) يشاركهم لأنه دين وجب بسبب قبل الحجر فشارك به الغرماء ، كما لو انهدمت الدار قبل القسمة ، ويخالف القرض لأن دينه لا يستند ثبوته الى ما قبل الحجر وهذا استند الى ما قبل الحجر ، ولأن المقرض لا يشارك الغرماء فى المال قبل القسمة والمكترى يشاركهم فى المال قبل القسمة فشاركهم بعد القسمة

(الشرح) الأحكام : اذا قسم مال المفلس أو مال الميت بين غرمائه ثم ظهر له غريم آخر كان مستحقا دينه قبل الحجر ، رجع الغريم على سائر الغرماء بما يخصه . وقال مالك رضى الله عنه : يرجع غريم الميت ولا يرجع غريم المفلس .

دليلنا : أن الحاكم إنما فرق فى غرمائه ، وعنده أنه لا غريم له سواهم ، فإذا ظهر له غيرهم نقض الحكم ، كالحاكم يحكم ثم وجد النص بخلافه ، ولأنه لما كان لغريم الميت أن يرجع على الباقين كان لغريم المفلس مثله

(فرع) وإن فك الحجر عن المفلس وبقى عليه دين فادعى غرماؤه أنه قد استفاد مالا بعد الحجر ، سأله الحاكم عن ذلك ، فإن أنكر ولا بينة لهم فالقول قوله مع يمينه ، لأن الاصل بقاء العسرة ، فان ثبت له مال إما بالبينة أو باقراره وطلب الغرماء الحجر عليه ، نظر الحاكم فيه وفيما عليه من الدين ، فان كان بفى بالدين لم يحجر عليه بل يأمره بقضاء الدين ، وإن كان أقل حجر عليه وقسم ماله بين الغرماء ، وان تجدد عليه دين بعد الحجر الاول ثم ظهر له مال ، فان بان أن المال كان موجوداً قبل الحجر الاول قال الجوينى : اختص به الغرماء الأولون دون الآخرين ، لأن المال كان موجوداً تحت الحجر الاول . وان اكتسب هذا المال بعد فك الحجر الاول اشترك به الغرماء الاولون والآخرون على قدر ديونهم . وقال مالك : يختص به الغرماء الآخرون

دليلنا : أن حقوقهم متساوية فى الثبوت فى الذمة بحال الحجر فأشبه غرماء الحجر الأول .

(فرع) وان أكرى داره من رجل مدة ثم أفلس المكرى قبل انقضاء الاجل

فإن المكترى أحق بالمنفعة دون الغرماء لأنه قد ملك المنفعة بعقد الإجارة قبل الحجر فكان أحق بها ، كما لو باع شيئا من ماله ثم أفلس ، فإن أراد المكترى فسخ الإجارة لم يكن له ذلك ، لأن الفسخ إنما يكون فى الموضع الذى يدخل عليه ضرر ولا يصل إلى كمال حقه . وههنا يصل إلى كمال حقه . فلم يكن له الفسخ

فان انهدمت الدار قبل انقضاء مدة الإجارة انفسخت فيما بقى من المدة : فان كانت الاجرة قد قبضت . فان كانت باقية رجع منها بما يخص ما بقى من المدة ، وإن كانت تالفة تعلق ذلك بذمة المفلس ، ثم ينظر فيه ، فان كان ذلك بعد القسمة ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يشاركهم ، لأن حق المكترى كان متعلقاً بالمنفعة ، فلما تلفت العين المكتراة عاد حقه إلى ذمة المفلس بعد القسمة فلم يشارك الغرماء ؛ كما لو استدان بعد الحجر .

(والثانى) يشاركهم ، وهو الصحيح ، لأن سبب وجوبه كان قبل الحجر فشاركهم ، كما لو انهدمت الدار قبل القسمة . ويخالف إذا استدان بعد الحجر . فان ذلك لم يستند إلى سبب قبل الحجر فلذلك لم يشاركهم . والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب الحجر

إذا ملك الصبي أو المجنون مالا حجر عليه في ماله ، والدليل عليه قوله تعالى (وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم) فدل على أنه لا يسلم اليه المال قبل البلوغ والرشد .

(الشرح) الحجر في اللغة المنع والتضييق . ومنه سمى الحرام حجراً . قال الله تعالى « ويقولون حجراً محجوراً » أى حراما محرما ، ويسمى العقل حجراً . قال تعالى « هل في ذلك قسم لذى حجر » سمى حجراً لمنعه صاحبه من ارتكاب القبائح ، وما يضر العاقبة ، وسمى حجر البيت حجراً لأنه يمنع من الطواف به . وفي الشريعة منع الانسان من التصرف في ماله

والمحجور عليهم ثمانية ، ثلاثة حجر عليهم لحق أنفسهم وخمسة حجر عليهم لحق غيرهم ، فالذين حجر عليهم لحق أنفسهم : فالصبي والمجنون والسفيه . والمحجور عليهم لحق غيرهم فهم المفلس الذى يحجر عليه لحق الغرماء ؛ والمريض لحق الورثة ، والعبد القن . والمكاتب - بفتح التاء لحق المكاتب بكسرها - والمرتد لحق المسلمين .

والاصل في ثبوت الحجر على الصبي قوله تعالى « وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم ، ولا تأكلوها إسرافا وبداراً أن يكبروا » والابتلاء الاختبار . قال تعالى « هو الذى خلقكم ليبلوكم أيكم أحسن عملا » أى ليختبركم

واليتيم من مات أبوه وهو دون البلوغ . قال صلى الله عليه وسلم « لا يتم بعد الحلم » وقوله تعالى « اذا بلغوا النكاح » أراد به البلوغ ، فعبر عنه به ، وقوله تعالى « آنستم منهم رشداً » أى علمتم منهم رشداً ؛ فوضع الايناس موضع العلم . كما وضع الإيناس موضع الرؤية في قوله تعالى « آنس من جانب الطور نارا » أى رأى

روى أنها نزلت فى ثابت بن رفاعة وفى عمه . لما توفى رفاعة وترك ابنه صغيراً أتى عم ثابت الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : ان ابن أخى يتيم فى حجرى فما يحل لى من ماله؟ ومتى أدفع اليه ماله ؟ فأنزل الله تعالى هذه الآية

قال الشافعى رضى الله عنه : فلما علق الله تعالى دفع المال الى اليتيم بالبلوغ ، وإيناس الرشد ، علم أنه قبل البلوغ ممنوع من ماله محجور عليه فيه . والدليل على ثبوت الحجر على السفيه والصبي والمجنون قوله تعالى « فإن كان الذى عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل » والسفيه يجمع المبذر لماله والمحجور عليه لصغر ، والضعيف يجمع الشيخ الكبير الفانى والصغير المجنون .

فأخبر الله تعالى بأن هؤلاء ينوب عنهم أولياؤهم فيما لهم وعليهم فدل على ثبوت الحجر عليهم .

واختلفوا فى الحجر على غير العليم الفاقه بأحكام الحلال والحرام؛ فرجح بعضهم وجوب الحجر عليه

قال القرطبي فى جامع الاحكام : وأما الجاهل بالاحكام وان كان غير محجور عليه لتنميته لماله وعدم تدبيره فلا يدفع اليه المال لجهله بفاسد البياعات وصحيحها وما يحل وما يحرم منها ، وكذلك الذمى مثله فى الجهل بالبياعات ولما يخاف من معاملته بالربا وغيره والله أعلم . اه

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وينظر فى ماله الأب ثم الجد لأنها ولاية فى حق الصغير فقدم الاب والجد فيها على غيرهما كولاية النكاح ، فإن لم يكن أب ولا جد نظر فيه الوصى لانه نائب عن الأب والجد فقدم على غيره ، وان لم يكن وصى نظر السلطان لأن الولاية من جهة القرابة قد سقطت فثبتت للسلطان كولاية النكاح وقال أبو سعيد الاصطخرى : فان لم يكن أب ولا جد نظرت الام لأنها أحد الابوين فثبت لها الولاية فى المال كالاب ، والمذهب أنه لا ولاية لها لانها ولاية ثبتت بالشرع فلم تثبت للأم كولاية النكاح ،

(الشرح) الأحكام : إذا ملك الصبي مالا ، فإن الذى ينظر فى ماله أبوه إن كان عدلا ، فإن لم يوجد الأب أو كان ممن لا يصلح للنظر ، كان النظر إلى الجد أب الأب إذا كان عدلا ، لأنه ولاية فى حق الصغير فقدم الأب والجد فيها على غيرهما كولاية النكاح ؛ فإن مات الأب وأوصى إلى رجـل بالنظر فى مال ابنه وهناك جد يصلح للنظر ، فيه وجهـان ، المذهب أنه لا تصح الوصية اليه ، بل النظر الى الجد .

والثانى : حكاه فى الإبانة ، وبه قال أبو حنيفة : أن النظر إلى الوصى لأنه قائم مقام الأب ، وليس بشىء ؛ لأن الجد يستحق الولاية بالشرع ، فكان أحق من الوصى ، فان لم يكن أب ولا جد ، نظر الوصى من قبلهما ، فان لم يستحق الولاية بالشرع فكان أحق من الوصى ، فان لم يكن أب ولا جد نظر الوصى من قبلهما .

فان لم يكونا ولا وصيهما فهل تستحق الأم النظر ؟ فيه وجهان ، قال أبو سعيد الإصطخرى : تستحق النظر فى مال ولدها ، لأنها أحد الأبوين ، وقال أحمد بن حنبل : إن عمر أوصى إلى حفصة .

والثانى : وهو المذهب : أنه لا وصية لها ، بل النظر إلى السلطان ، وروى عن عطاء بن أبى رباح أنه قال فى رجل أوصى إلى إمرأته قال : لا تكون المرأة وصيا ، فان فعل حولت إلى رجل من قومه اهـ .

(قلت) ولأنها ولاية بالشرع فلم تستحقها الأم كولاية النكاح ، ولأن قرابة الأم لا تتضمن تعصيباً ، فلم تتضمن ولاية كقرابة الخـال ، فاذا قلنا بقول أحمد والاصطخرى ، فهل يستحق أبوها وأمها الولاية عند عدمها . فيه وجهان حكاهما الصيمرى والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

﴿ فصل ﴾ ولا يتصرف الناظر فى ماله إلا على النظر والاحتياط ولا يتصرف إلا فيما فيه حظ واغتباط ، فأما مالا حظ فيه كالعتق والهبة والمحاباة فلا يملكه ، لقوله تعالى « ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتى هى أحسن » ولقوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار، وفى هـذه التصرفات إضرار بالصبي فوجب أن لا يملكه ،

ويجوز أن يتجر فى ماله . لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من ولى يتيما وله مال فليتجر له بماله ولا يتركه حتى تأكله الصدقة .

﴿ الشرح ﴾ حديث « من ولى يتيما له مال فليتجر له ، ولا يتركه حتى تأكله الصدقة » رواه عبد الرزاق وابن جرير عنه بسند صحيح ، وسبق للإمام النووى استقصاء رواياته فى كتاب الزكاة .

أما الأحكام : فلا يجوز للناظر فى مال الصبي أن يعتق منه ، ولا أن يكاتب ، ولا يهب ، ولا يحابى فى البيع لقوله تعالى « ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتى هى أحسن » وليس فى شىء من هذه الأشياء « أحسن » .

(فرع) قال الشافعى رضى الله عنه : وأحب أن يتجر الوصى بأموال من يلى عليه ولا ضمان : وجملة ذلك أنه يجوز للناظر فى مال الصبي أن يتجر فى ماله ؛ سواء كان الناظر أبا أو جداً أو وصيا أو أمينا من قبل الحاكم لما روى عبد الله ابن عمرو أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من ولى يتيما له مال فليتجر له ، ولا يتركه حتى تأكله الصدقة » .

(قلت) ولأن ذلك أحظ المولى عليه لتكون نفقته من الربح . هكذا قال عامة أصحابنا إلا الصيمرى ، فانه قال . لا يتجر له فى هذا الزمان لفساده وجور السلطان على التجار ، بل يشترى له الأرض ، او مافيه منفعة ، فان اتجر له لم يتجر له الا فى طريق مأمون ، ولا يتجر له فى البحر لانه مخوف ، فان قيل فقد روى أن عائشة أم المؤمنين رضى الله عنها أبضعت أموال بنى محمد بن أبى بكر رضى الله عنهم (قلنا) يحتمل أن يكون ذلك فى موضع مأمون قريب من الساحل أو يحتمل أنها فعلت ذلك وجعلت ضمانه على نفسها إن هلك ، قال الصيمرى : ولا يبيع له الا بالحال ، أو بالدين على ملىء ثقة ، اه . والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

﴿ فصل ﴾ ويبتاع له العقار لانه يبقى وينتفع بغلته ولا يبتاعه إلا من مأمون لانه إذا لم يكن مأمونا لم يأمن أن يبيع مالا يملكه ولا يبتاعه فى موضع قد أشرف

على الخراب أو يخاف عليه الهلاك ، لأن فى ذلك تغريرا بالمـال ويبنى له العقار ويبنيه بالآجر والطين ولا يبنيه باللبن والجص ، لأن الآجر يبقى واللبن يهلك والجص يجحف به والطين لا ثمن له والجص يتناثر ويذهب ثمنه والطين لا يتناثر وان تناثر فلا ثمن له ، ولأن الآجر لا يتخلص من الجص إذا أراد نقضه ويتلف عليه ويتخلص من الطين فلا يتلف عليه ولا يبيع له العقار إلا فى موضعين .

(أحـدهما) أن تدعو اليه ضرورة بأن يفتقر إلى النفقة وليس له مال غيره ولم يجد من يقرضه .

(والثانى) أن يكون له فى بيعه غبطة وهو أن يطلب منه بأكثر من ثمنه فيباع له ويشترى ببعض الثمن مثله ، لأن البيع فى هذين الحالين فيه حظ وفيما سواهما لا حظ فيه فلم يجز .

وإن باع العقار وسأل الحاكم أن يسجل له نظر ، فإن باعه الأب أو الجد سجل له ، لانهما لا يتهمان فى حق الولد ، وإن كان غيرهما لم يسجل حتى يقيم بينة على الضرورة أو الغبطة لانه تلحقه التهمه فلم يسجل له من غير بينة فان بلغ الصبي وادعى أنه باع من غير ضرورة ولا غبطة فان كان الولى أبا أو جداً فالقول قوله وإن كان غيرهما لم يقبل إلا ببينة لما ذكرناه من الفرق فان بيع فى شركته شقص . فإن كان الحظ فى أخذه بالشفعة لم يترك ؛ وإن كان الحظ فى الترك لم يأخذ ، لأنا بينا أن تصرفه على النظر والاحتياط ، فلا يفعل إلا ما يقتضى النظر والاحتياط فان ترك الشفعة والحظ فى تركها ثم بلغ الصبي وأراد أن يأخـذ ، فالمنصوص أنه لا يملك ذلك ، لان ما فعل الولى مما فيه نظر لا يملك الصبي نقضه ، كما لو أخـذ والحظ فى الاخذ فبلغ وأراد أن يرد .

ومن أصحابنا من قال : له أن يأخذ ، لانه يملك بعد البلوغ التصرف فيما فيه حظ ، وفيما لا حظ فيه ، وقد بلغ فجاز أن يأخذ ، وإن لم يكن فيه حظ وهذا خطأ ، لأن له أن يتصرف فيما لا حظ فيه إذا كان باقيا ، وهذا قد سقط بعفو الولى فسقط فيه اختياره ، فإن بلغ وادعى أنه ترك الشفعة من غير غبطه فالحـكم فيه كالحـكم فى بيع العقار وقد بيناه .

(الشرح) الاحكام : يجوز أن يبتاع له العقار لانه أقل غرراً ، لانه ينتفع بغلته مع بقاء أصله .

قال ابو على فى الإفصاح : ولا يشتريه إلا من ثقة أمين يؤمن جحوده فى الثمن وحيلته فى إفساد البيع لانتباعه فى موضع قد أشرف على الهلاك بزيادة ماء أو قعته بين طائفتين ، فإن ذلك تغرير بماله .

ويجوز أن يبنى له العقار إذا احتاج اليه إلا أن يكون الشراء أحظ له فيشترى له ذلك . وإذا احتاج إلى البناء : قال الشافعى رضى الله عنه : يبنى له بالآجر والطين ، ولا يبنى له باللبن والجص ، لان اللبن يهلك ، والآجر يبقى والجص يلزق فربما احتيج الى نقض شيء من الآجر فلا يتخلص من الجص ، ولأن الجص يجحف به ، والطين لا يجحف به . قال فى البيان تعليقا على قول الشافعى « وهذا فى البلاد التى يعز فيها وجود الحجارة ، فإن كان فى بلد يوجد فيه الحجارة كانت أولى من الآجر ، لأنها أكثر بقاء ، وأقل مؤنة » .

قلت : فاذا كان الناظر فى مال الصبى عدلا ذا مهارة . ورأى أن يبنى بالخرسانة المسلحة ، وكان فى ذلك ما يعود على الصغير بفائدة مع حفظ ماله لا سيما فى زماننا هذا الذى يكون للتعمير والبناء صيانة ونماء ، كان له ذلك ، بل كان ذلك هو الافضل ، والله تعالى أعلم .

(فرع) وان ملك الصبى عقاراً لم يبع عليه الا فى موضعين أحدهما أن يكون له فى بيعه غبطة كأن يكون له شركة مع غيره ، أو مجاورة لغيره فيبذل الغير فيه بذلك أكثر من قيمته ، ويوجد له مثل بأقل مما باع به فيجوز له بيع العقار عليه لذلك ، وكذلك اذا كان له عقار قد أشرف على الهلاك بالغرق أو بالخراب ، فيجوز له بيعه عليه ، لان النظر له فى ذلك البيع ، فاذا باع الأب أو الجد عليه عقاراً فرفع ذلك الى الحاكم وسأله امضاءه وتسجيله عليه أمضاه وسجله له ، لان الظاهر من حالهما أنه لا يبيعان الا ماله فيه حظ .

وهل يحتاج الحاكم الى ثبوت عدالتهما عنده ؟ قال ابن الصباغ : سمعت القاضى أبا الطيب يقول : فيه وجهان (أحدهما) لا يحتاج الى ذلك ، بل يكتفى بالعدالة الظاهرة ، كما قلنا فى شهود النكاح .

(والثانى) يحتاج الى الثبوت لولايتهما عنده كما يحتاج إلى ثبوت عدالة الشهود عنده . وأما إذادفع الوصى أو أمين الحاكم البيع اليه وسأل التسجيل عليه وأمضاه ففيه وجهان (أحدهما) وهو المشهور أنه لايمضى ذلك حتى تقوم عنده البينة على الحظ أو الغبطة له ، لأن غير الأب والجد يلحقه التهمة فلم يقبل قوله من غير بينة بخلاف الأب والجد

(والثانى) ذكر القاضى أبو الطيب فى المجرد أنه يقبل قولهما من غير بينة ، كالأب والجد . قال ابن الصباغ : وهذا له عندى وجه لأنه إذا جاز لهما التجارة فى ماله فيبيعان ويشتريان ، ولا يعترض الحاكم عليهما جاز أيضا فى العقار ، فإن بلغ الصبي وادعى أن الأب أو الجد باع عليه عقاره من غير غبطة ولا حاجة ، فإن أقام بينة على ما ادعاه حكم له به ، وإن لم تقم بينة فالقول قول الأب أو الجد مع يمينه .

وإن باع غير الأب والجد عليه كالوصى وأمين الحاكم ، فلما بلغ ادعى أنه باع عليه من غير بينة ، لأن التهمة تلحقه ، وبهذا لا يجوز له أن يشترى مال المولى عليه من نفسه فلم يقبل قوله من غير بينة ، بخلاف الاب والجد

(فرع) وإن بيع شقص فى شركة الصبي ، فإن كان للصبي حظ فى الاخذ بأن كان له مال يريد أن يشترى له به عقاراً ، أخذ له بالشفعة ، وإن كان الحظ له بالترك بأن كان لامال له يريد أن يشترى له به ، أو كان ذلك فى موضع قد أشرف على الهلاك ، أو بيع بأكثر من قيمته لم يأخذ له بالشفعة ؛ فإن أخذ له الولى فى موضع يرى له الحظ فى الأخذ ، فبلغ الصبي وأراد أن يرد ما أخذ له الولى لم يملك ذلك ، لأن ما فعله الولى مما فيه الحظ لا يملك الصبي بعد بلوغه رده ، وإن ترك الولى الاخذ له فى موضع رأى الحظ له فى الترك فأراد الصبي بعد بلوغه أن يأخذه ففيه وجهان :

من أصحابنا من قال له ذلك ، لأنه بعد بلوغه يملك التصرف فيما فيه حظ وفيما لا حظ له ؛ والمنصوص أنه ليس له ذلك ، لأن الولى قد اختار الترك بحسن نظره ، فلم يكن له نقض ذلك ، كما لو أخذ له ــ والحظ فى الاخذ ــ

فإنه لا يملك الصبي بعد البلوغ الرد ، فإن ادعى بعد البلوغ أن الولى أخذ — والحظ في الترك — أو الترك والحظ في الأخذ ، فان أقام بينة على ذلك حكم له به وإن لم يقم بينة فان كان الولى أباً أو جداً . فالقول قولها مع يمينهما . وإن كان غيرهما من الأولياء لم يقبل قوله من غير بينة ، كما ذكرنا من الفرق قبل هذا والله تعالى أعلم .

قال على بن عبد الكافى السبكى فى فتاويه : ومن مصالح الصبى أن الولى يصونه عن أكل مافيه شبهة وعن أن يخالط ماله به ، ويحرص على إطعامه الحلال المحض وعلى أن يكون ماله كله منه ، وهى مصلحة أخروية ودنيوية ، أما أخرويه فظاهر لأنه وإن لم يكن مكلفاً لكن الجسد النابت من الحلال الطيب أزكى عند الله وأعلى درجة فى الآخرة من غيره . وأما دنيويه ، فان الجسد الناشىء على الحلال ينشأ على خير ، فيحصل له مصالح الدنيا والآخرة .

وقد يكون بتركه اجتناب الشبهات يبارك الله له فى القليل الحلال فيكفيه ويرزقه من حيث لايحتسب ، فهذه المصالح محققة ، والفائدة الدنيوية التى يكتسبها بالمعاملة دنيوية محضة ، فتعارضت مصلحتان أخروية ودنيويه ، ورعاية الآخرة أولى من رعاية الدنيا ، فكان الأحوط والأصلح لليتيم ترك هذه المعاملة ، فقد يقال يكون المستحب تركها ، وقد يزاد فيقال يجب تركها لقوله تعالى « ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتى هى أحسن » فالأحسن فى الدنيا والآخرة حلال قطعا ، وغير الأحسن فيهما يمنع قطعاً ، والأحسن فى الآخرة دون الدنيا إذا راعينا مصلحة الآخرة وقدمناها على الدنيا صار أحسن من الآخرة فهو أحسن مطلقا ، فان تيسر متجر ابتغى فعله ، وإلا فلا يكلف الله نفساً الا وسعها ، ويأكل ماله خير من أن يأكله غيره ، والله أعلم اه

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يبيع ماله بنسيئة من غير غبطة ، فان كانت السلعة تساوى مائة نقداً ومائة وعشرين نسيئة فباعها بمائة نسيئة فالبيع باطل لأنه باع بدون الثمن ، وان باعها بمائة وعشرين نسيئة من غير رهن لم يصح البيع لأنه غرر بالمال ، فان

باع بمائة نقداً وعشرين مؤجلا وأخذ بالعشرين رهنا جاز لأنه لو باعها بمائة نقداً جاز فلأن يجوز وقد زاده عشرين أولى ، وان باعها بمائة وعشرين نسيئة وأخذ بها رهنا ففيه وجهان (أحدهما) لا يجوز لأنه أخرج ماله من غير عوض .

(والثانى) يجوز ، وهو ظاهر النص . وقول أبى اسحاق لأنه باع بربح واستوثق بالرهن فجاز

(فصل) ولا يكاتب عبده ولو كان بأضعاف القيمة لانه يأخذ العوض من كسبه وهو مال له فيصير كالعتق من غير عوض

(الشرح) الأحكام : ينبغى أن لا يبيع ماله بنسيئة من غير غبطة أى راحة نفس ، فان كانت له سلعة يريد بيعها ، وهى تساوى مائة نقداً ، أو مائة وعشرين نسيئة ، فان باعها بمائة نسيئة لم يصح بيعها ، سواء أخذ بها رهنا أو لم يأخذ ، لأن ذلك دون ثمن المثل ، فان باعها بمائة نقداً وعشرين نسيئة وأخذ بالعشرين رهنا جاز ؛ لانه قد زاد خيراً ووثيقة

وان باعها بمائة وعشرين نسيئة ولم يأخذ بها رهنا لم يجز ؛ لانه غرر بما له . وان باعها بمائة وعشرين نسيئة وأخذ بالجميع رهنا ففيه وجهان

(أحدهما) لا يجوز ؛ لان فى ذلك تغريراً بالمال وقد يتلف الرهن

(والثانى) يصح . وهو قول أبى اسحاق وأكثر أصحابنا ، لانه مأمور بالتجارة وطلب الربح ولا يمكنه الا ذلك ، فعلى هذا يشترط أن يكون المشترى ثقة مليئا لانه ان لم يكن ثقة ربما رهن مالا يملكه . واذا لم يكن مليئا فربما تلف الرهن فلا يمكن استيفاء الحق منه

ويشترط أن يكون الرهن يفى بالدين أو أكثر لانه ربما أفلس أو تلف ما فى يده ، فاذا لم يمكن استيفاء الحق من الرهن كان وجود الرهن كعدمه

وهل يشترط الاشهاد مع ذلك ؟ فيه وجهان حكاهما الصيمرى

(فرع) قال الصيمرى : ولا يجوز أن يشترى له متاعا بالدين ويرهن من ماله لان الدين مضمون والرهن أمانة ، فان فعل كان ضامنا . والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يسافر بماله من غير ضرورة لأن فيه تغريراً بالمال ، ويروى أن المسافر وماله على قلت ، أى على هلاك . وفيه قول الشاعر :

بغاث الطير أكثرها فراخا وأم البـــاز مقلات نزور

(فصـل) فان دعت اليه ضرورة بأن خاف عليه الهلاك فى الحضر لحريق أو نهب جاز أن يسافر به لأن السفر ههنا أحوط

(الشرح) قوله « قلت » إذا قلتها بفتح القاف وسكون اللام كانت النقر فى الجبـــل ، وإذا قلتها بفتح القاف وكسر اللام كانت الهلاك . والمقلتة المهلكة ، والمقلات الناقة التى تضع واحداً ثم لا تحمل ؛ والبيت للعباس بن مرداس . وآخذ على المصنف رحمه الله تعالى استشهاده بهذا البيت فى المعنى الذى أراده ، فإن معناه أن بغاث الطير ، وهو طائر دون الرخمه بطىء الطيران ، وهو طير لا يصيد ولا يرغب أحد فى صيده لحقارة شأنه . ومنه المثل « استنسر البغاث » فيمن يلبس غير لباسه متظاهراً بالشجاعة وهو جبان ، وعليه قول من قال : إن البغاث بأرضنا يستنسر . أى إن الضعيف يصير بأرضنا قوياً تكثر فراخه فى حين أن أم الصقر مقـلات نزور .

وقوله « نزور » أى قليلة الفراخ جداً ، والمقابلة والمشاكلة بين بغاث الطير فى كثرة فراخها ، وبين أم الصقر وهى قليلة الفراخ واضحة ، وليس فيها معنى أن المقلات هى المهلكة .

أما الاحكام : فانه لا يجوز أن يسافر بماله من غير ضرورة ، لأن فى ذلك تغريراً بالمال وتعريضاً له للهلاك ، وقد روى أن المسافر وماله على قلت أى هلاك فان دعت اليه ضرورة بأن خاف من نهب أو غرق أو حريق جاز أن يسافر به إلى حيث يأمن عليه ، لأن ذلك أمر تسوغه الضرورة وتدعو اليه . والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى .

(فصل) ولا يودع ماله ولا يقرضه من غير حاجة ، لأنه يخرجه من يده فلم يجز ، فان خاف من نهب أو حريق أو غرق ، أو أراد سفراً وخاف عليه

جاز له الايداع والاقراض ، فان قدر على الايداع دون الاقراض أودع ، ولا يودع إلا ثقة ، وان قدر على الاقراض دون الايداع أقرضه ، ولا يقرضه إلا ثقة مليئا ، لان غير الثقة يجحد ، وغير الملىء لا يمكن أخذ البدل منه ، فان أقرض ورأى أخذ الرهن عليه أخذ ، وان رأى ترك الرهن لم يأخذ

وإن قدر على الايداع والاقراض فالاقراض أولى ؛ لأن القرض مضمون بالبدل والوديعة غير مضمونة فكان القرض أحوط ، فان ترك الاقراض وأودع ففيه وجهان (أحدهما) يجوز لأنه يجوز كل واحد منهما ، فاذا قدر عليهما تخير بينهما (والثانى) لا يجوز لقوله تعالى (ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتى هى أحسن) والاقراض ههنا أحسن فلم يجز تركه ، ويجوز أن يقترض له إذا دعت اليه الحاجة ويرهن ماله عليه لأن فى ذلك مصلحة له لجاز

(الشرح) اذا خاف على ماله من نهب أو غرق أو حريق ولم يقدر الولى على المسافرة به ، أو أراد الولى السفر الى موضع لا يمكنه نقل المال اليه ، أو يحتاج فى نقله الى مؤنة مجحفة جاز أن يودعه أو يقرضه فى هذه الاحوال . فان قدر على الايداع دون الاقراض أودعه ثقة . وان قدر على الاقراض دون الايداع أقرضه ثقة مليئا وأشهد عليه ، لان غير الثقة يجحد وغير الملىء لا يمكن أخذ المال منه أو بدله اذا تلف ، فان رأى أن المصلحة والحظ فى أخذ الرهن أخذه ، وان رأى أن « التى هى أحسن » فى ترك الرهن تركه ولم يأخذه بأن يكون الموضع مخوفا وكان الولى ممن يرى سقوط الحق بتلف الرهن ، لأنه لا حظ له فى أخذ الرهن مع ذلك . وان قدر على الاقراض ففيه وجهان (أحدهما) يجوز لان كل واحد منهما يجوز فيميز بينهما (والثانى) لا يجوز ، لأن الاقراض أحظ له ، فاذا نزل الاحظ ضمن .

(فرع) فأما الاقراض له فيجوز اذا دعته الى ذلك حاجة للنفقة عليه والكسوة أو النفقة على عقاره المنهدم اذا كان له مال غائب فتوقع قدومه أو ثمرة ينتظرها يفى بذلك ، وان لم يكن له شىء ينتظر فلا حظ له فى الاقراض ، بل يبيع عليه شيئا من أصوله ويصرف فى نفقته .

قال المصنف رحمه الله :

{ فصل } وينفق عليه بالمعروف من غير إسراف ولا إقتار ، لقوله تعالى « والذين إذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواما » وإن رأى أن يخلط ماله بماله فى النفقة جاز لقوله تعالى « ويسئلونك عن اليتامى قل اصلاح لهم خير وان تخالطوهم فاخوانكم والله يعلم المفسد من المصلح » فان بلغ الصبى واختلفا فى النفقة فان كان الولى هو الأب أو الجد فالقول قوله وان كان غيرهما ففيه وجهان (أحدهما) يقبل ، لأن فى اقامة البينة على النفقة مشقة فقبل قوله (والثانى) لا يقبل قوله كما لا يقبل فى دعوى الضرر والغبطة فى بيع العقار .

(الشرح) ينبغى أن ينفق عليه ويكسوه من غير إسراف ولا إقتار لقوله تعالى « والذين إذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا ، وكان بين ذلك قواما » وان كان الصبى مكتسباً — قال أبو إسحاق المروزى : أجبره الولى على الاكتساب لنفقته ، وحفظ عليه ماله ، لان ذلك أحظ له .

(فرع) فإذا رأى الولى أن الحظ للمولى عليه بخلط مع نفقته مع نفقته ، بأن كان إذا خلط دقيقه بدقيقه كان أرفق به فى المؤنة وأكثر له فى الخبز ، جاز له الخلط ، لما روى أنه لما نزل قوله تعالى « ان الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما إنما يأكلون فى بطونهم ناراً ، وسيصلون سعيراً » تجنب أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم اليتامى وأفردوهم عنهم ، فنزل قوله تعالى « وإن تخالطوهم فإخوانكم ، والله يعلم المفسد من المصلح ، ولو شاء الله لأعنتكم » أى لضيق عليكم ، لان العنت الضيق وإن كانت الفائدة والمصلحة فى إفراده لم تجز الخلطة لقوله تعالى « ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتى هى أحسن » .

(فرع) فإن بلغ الصبى واختلف هو والولى فى قدر نفقته ، فإن كان الولى أبا أو جدا ، فان ادعى أنه أنفق عليه زيادة على النفقة بالمعروف لزمهما ضمان تلك الزيادة ، لانه مفرط ، وان ادعيا النفقة بالمعروف فالقول قولهما مع أيمانهما لانهما غير متهمين .

وإن كان الولى غيرهما كالوصى وأمين الحاكم ، وادعيا النفقة بالمعروف ، فهل يقبل قولهما من غير بينة ؟ فيه وجهان .

أحدهما : لا يقبل قولهما من غير بينة ، كما لا يقبل ذلك منهما فى دعوى بيع العقار . والثانى : يقبل قولهما مع أيمانهما . قال ابن الصباغ : وهو الأصح لان إقامة البينة على ذلك تتعذر بخلاف البيع فإنه لا يتعذر عليه إقامة البينة عليه (قلت) ويجب على الولى إذا كان فى البلد نظام يسود فيه التوثيق والتسجيل ، وكان من السهل على الولى أن يحمل للنفقات والابتياعات للصبى فواتير ومستندات صادرة من جهات الشراء (قلت) يجب عليه أن يتبع ابتياعاته وثائقها الدالة عليها حتى لا يختلط ماله بمال الصبى ولا ينسى شيئا يكون قد انفقه عليه أو يترك لذاكرته أمر استحضار ما اشتراه له فيضرب فى عمايات الجزاف ، فيقرب مال اليتيم بغير التى هى أحسن .

وقوله تعالى « الا بالتى هى أحسن » تقضى — ولا شك — الى اتباع النظام على أحسن صوره ، وأدق وسائله وأضبط أسبابه ، ومن ثم تكون الاية نصاً فى الاخذ بنظام الوثائق المكتوبة ، لأنها هى الأحسن . والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وان أراد أن يبيع ماله بماله ، فإن كان أبا أو جدا جاز ذلك ، لانهما لا يتهمان فى ذلك لكمال شفقتهما ، وان كان غيرهما لم يجز لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لا يشترى الوصى من مال اليتيم ولانه متهم فى طلب الحظ له فى بيع ماله من نفسه فلم يجعل ذلك اليه .

(الشرح) حديث « لا يشترى الوصى من مال اليتيم » لفظه فى سنن الدارمى من قول مكحول : حدثنا محمد بن المبارك ثنا يحيى بن حمزة عن ابن وهب عن مكحول قال : أمر الوصى جائز فى كل شىء الا فى الابتياع ؛ واذا باع بيعاً لم يقبل قال الدارمى : وهو رأى يحيى بن حمزة .

أما الأحكام : فانه يجوز للأب والجد أن يبيعا مالهما من الصبى ويشتريا ماله لأنفسهما اذا رأيا الحظ فى ذلك ، لانهما لا يتهما فى ذلك . قال الصيمرى فيحتاج

أن يقول : قد اشتريت هذا لنفسى من ابنى بكذا ، وبعت ذلك عليه ، فيجمع بين لفظ البيع والشراء ، قال : وغلط بعض أصحابنا وقال : تكفيه النية فى ذلك من غير قول ، لانه لا يخاطب نفسه .

قال العمرانى : وليس بشىء ، لانا قد أقمناه مقام المشترى فى لفظ الشراء ، ومقام البائع فى لفظ البيع ، ولو احتاج إلى قرض فاقرضه أبواه أو جده وأخذ من ماله رهناً ، قال الصيمرى : فيه وجهان ، الأصح : أنه يجوز إلا أن يكون أقرضه متطوعا ثم أحب أن يأخذ بعد ذلك منه رهناً ، فلا يكون له .

وأما غير الاب والجد من الاولياء ، كالوصى وأمين الحاكم (الحارس) فلا يجوز أن يبيع ماله من الصبى ، ويتولى هو وحـــده طرفى العقد ، ولا يجوز أن يشترى ماله بنفسه وقد استدل المصنف بخبر « لا يشترى الوصى من مال اليتيم » ولان غير الاب والجد يتهم فى ذلك فلم يجز .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن أراد أن يأكل من ماله نظرت ، فان كان غنيا لم يجز ، لقوله تعالى « ومن كان غنيا فليستعفف » ، وان كان فقيراً جاز أن يأكل ، لقوله تعالى « ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف » وهل يضمن البدل ؟ فيه قولان .

(أحدهما) لا يضمن ، لانه أجيز له الاكل بحق الولاية فلم يضمنه . كالرزق الذى يأكله الإمام من أموال المسلمين (والثانى) أنه يضمن ، لانه مال لغيره أجيز له أكله للحاجة ، فوجب ضمانه كمن اضطر الى مال غيره .

(الشرح) عن عائشة رضى الله عنها قوله تعالى « ومن كان غنيا فليستعفف ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف » أنها نزلت فى ولى اليتيم إذا كان فقيرا أنه يأكل منه مكان قيـامه عليه بالمعروف وفى لفظ « أنزلت فى والى اليتيم الذى يقوم عليه ويصلح ماله إن كان فقيرا أكل منه بالمعروف » متفق عليه .

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رجلا أتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : انى فقير ليس لى شىء ، ولى يتيم فقال : كل من مال يتيمك غير مسرف

ولا مباذر ولا متأثل، رواه البخارى ومسلم وأحمد فى مسنده والنسائى وأبو داود وسكت عنه أبو داود. وقال ابن حجر فى الفتح: إسناده قوى

واختلف الجمهور فى الأكل بالمعروف ما هو؟ فقال قوم هو القرض إذا احتاج ويقضى اذا أيسر، قاله عمر بن الخطاب وابن عباس وعبيدة وابن جبير والشعبى ومجاهد وأبو العالية، وهو قول الأوزاعى. ولا يتسلف أكثر من حاجته

قال عمر رضى الله عنه: ألا إنى أنزلت نفسى من مال الله منزلة الولى من مال اليتيم، إن استغنيت استعففت، وان افتقرت أكلت بالمعروف. فإذا أيسرت قضيت. روى عبد الله بن المبارك عن عاصم الأحول عن أبى العالية «ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف» قال قرضا. ثم تلا قوله تعالى (فإذا دفعتم اليهم أموالهم فأشهدوا عليهم)

وقول ثان: روى عن ابراهيم وعطاء والحسن البصرى والنخعى وقتادة لا قضاء على الوصى الفقير فيما يأكل. لان ذلك حق النظر. قال القرطبى وعليه الفقهاء. قال الحسن هو طعمة من الله له وذلك أنه يأكل مايسد جوعته ويكسى عورته، ولا يلبس الرفيع من الكتان ولا الحلل، وقال زيد بن أسلم: ان الرخصة فى هذه الآية منسوخة بقوله تعالى «إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما إنما يأكلون فى بطونهم ناراً»

وذهب أبو يوسف الى أنها منسوخة بقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) وهذا ليس بتجارة، وبقول أبى يوسف قال من قبله مجاهد، ومن بعده الكيا الطبرى. وعليه إذا أراد الولى أن يأكل من مال الصبى أو المولى عليه، فان كان الولى غنيا لم يجز له أن يأكل منه، وان كان فقيراً وقد انقطع عن أى عمل إلا على مال المولى عليه، وليس له مورد للكسب لنفسه؛ فقد قال الشافعى رضى الله عنه: فله أن يأخذ من ماله أقل الأمرين من كفايته. أو أجرة عمله. لقوله تعالى (وابتلوا اليتامى) الى قوله تعالى (ولا تأكلوها إسرافا وبدارا أن يكبروا، ومن كان غنيا فليستعفف، ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف)

فمن قوله تعالى: بداراً أن يكبروا . أى لا تأكلوا أموال اليتامى مبادرة لئلا يكبروا فيأخذوها . ولأنه يستحق ذلك بالعمل والحاجة . هكذا ذكر عامة أصحابنا وذكر المصنف أنه إذا كان فقيراً جاز له أن يأكل — من غير تفصيل — ولعله أراد بإطلاقه ما ذكر غيره .

وهل يضمن الولى ما أكله بالبدل ؟ قال العمرانى فى البيان ، فيه وجهان . أحدهما يجب عليه ضمانه فى ذمته ، والثانى لا يجب لأن الله أباح له الأكل ولم يوجب الضمان . ولأن ذلك استحقه بعمله فى ماله فلم يلزمه رد بدله كالمستأجر . والله أعلم

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ولا يفك الحجر عن الصبى حتى يبلغ ويؤنس منه الرشد ، لقوله تعالى (حتى إذا بلغوا النكاح ، فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم أموالهم) فأما البلوغ فإنه يحصل بخمسة أشياء ، ثلاثة يشترك فيها الرجل والمرأة ، وهى الإنزال والسن والإنبات . وإثنان تختص بهما المرأة ، وهما الحيض والحبل

فأما الانزال فهو إنزال المنى ، فمتى أنزل صار بالغاً ، والدليل عليه قوله تعالى (وإذا بلغ الاطفال منكم الحلم فليستأذنوا) فأمرهم بالاستئذان بعد الاحتلام ، فدل على أنه بلوغ . وروى عطية القرظى قال : عرضنا على رسول الله صلى الله عليه وسلم زمن قريظة ، فمن كان محتلماً أو نبتت عانته قتل ، فلو لم يكن بالغا لما قتل .

وأما السن فهو أن يستكمل خمس عشرة سنة . والدليل عليه ما روى ابن عمر رضى الله عنه قال : عرضت على رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم أحد وأنا ابن أربع عشر سنة فلم يجزنى ولم يرنى بلغت ، وعرضت عليه وأنا ابن خمس عشرة سنة فرآنى بلغت فأجازنى

وأما الإنبات فهو الشعر الخشن الذى ينبت على العانة ؛ وهو بلوغ فى حق الكافر ، والدليل عليه ما روى عطية القرظى قال : كنت فيمن حكم فيهم سعد ابن معاذ رضى الله عنه فشكوا فى أمن الذرية أنا أم من المقاتلة ؟ فقال رسول الله

صلى الله عليه وسلم انظروا فإن كان قد أنبت وإلا فلا تقتلوه ، فنظروا فإذا عانتى لم تنبت ، فجعلونى فى الذرية ولم أقتل . وهل هو بلوغ فى نفسه ؟ أو دلالة على البلوغ ؟ فيه قولان

(أحدهما) أنه بلوغ ، فعلى هذا هو بلوغ فى حق المسلم ، لأن ما كان بلوغا فى حق الكافر كان بلوغا فى حق المسلم كالاحتلام والسن

(والثانى) أنه دلالة على البلوغ ، فعلى هذا هل يكون دلالة فى حق المسلم ؟ فيه وجهان (أحدهما) أنه دلالة لما روى محمد بن يحيى بن حبان أن غلاماً من الانصار شبب[1] بامرأة فى شعره ، فرفع الى عمر رضى الله عنه فلم يجده أنبت . فقال لو أنبتّ الشعر لحددتك .

(والثانى) أنه ليس بدلالة فى حق المسلم وهو ظاهر النص ، لأن المسلمين يمكن الرجوع إلى أخبارهم ، فلم يجعل ذلك دلالة فى حقهم ، والكفار لا يمكن الرجوع إلى أخبارهم ؛ فجعل ذلك دلالة فى حقهم ، ولأن الكافر لا يستفيد بالبلوغ إلا وجوب الجزية ، ووجوب القتل ، فلا يتهم فى مداواة العانة بما ينبت الشعر ، والمسلم يستفيد بالبلوغ التصرف والكمال بالأحكام فلا يؤمن أن يداوى العانة بما ينبت الشعر ، فلم يجعل ذلك دلالة فى حقه

فأما الحيض فهو بلوغ ، لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لأسماء بنت أبى بكر الصديق رضى الله عنهما « ان المرأة إذا بلغت المحيض لا يصلح أن يرى منها إلا هذا وهذا » وأشار الى الوجه والكف ، فعلق وجوب الستر بالمحيض وذلك تكليف ، فدل على أنه بلوغ يتعلق به التكليف . وأما الحبل فهو دليل على البلوغ ، فإذا حبلت حكمنا بأنها بالغ ، لأن الحبل لا يكون إلا بإنزال الماء ، فدل على البلوغ ، فإذا كانت المرأة لها زوج فولدت حكمنا بأنها بالغ من قبل

---

(١) شبب بامرأة فى شعره ، التشبيب النسيب ، يقال هو يشبب بها أى يذكرها فى شعره . واشتقاق التشبيب من وجهين (أحدهما) من الشبيبة وأصلها الارتفاع عن حال الطفولية . والآخر أن يكون من الجلاء ، يقال شب وجه الجارية إذا جلاه وأبدى ما يخفى من محاسنه

الوضع بستة أشهر ، لأن ذلك أقل مدة الوضع ، وان كانت مطلقة وأتت بولد يلحق الزوج ، حكمنا بأنها بالغ من قبل الطلاق

وإن كان خنثى فخرج المنى من ذكره أو الدم من فرجه لم يحكم بالبلوغ ، لجواز أن يكون ذلك من العضو الزائد ، فإن خرج المنى من الذكر ، والدم من الفرج فقد بلغ ، لأنه إن كان رجلا فقد أمنى ، وإن كان امرأة فقد حاضت .

(الشرح) قوله تعالى (حتى اذا بلغوا النكاح) أى الحلم ، لقوله تعالى (وإذا بلغ الأطفال منكم الحلم) وحال النكاح والبلوغ يكون بخمسة أشياء . ثلاثة يشترك فيها الرجال والنساء ، واثنان يختصان بالنساء ، وهما الحيض والحبل . فأما الحيض والحبل فلم يختلف العلماء فى أنه بلوغ . وأن الفرائض والأحكام تجب بهما .

واختلفوا فى الثلاث ، فأما الانبات والسن فقال الأوزاعى والشافعى وابن حنبل : خمس عشرة سنة بلوغ لمن لم يحتلم ، وهو قول ابن وهب وأصبغ وعبد الملك بن الماجشون وعمر بن عبد العزيز وجماعة من أهل المدينة . واختاره ابن العربى فى أحكام القرآن ، وتجب الحدود والفرائض عندهم على من بلغ هذه السن .

واحتجوا بحديث ابن عمر الذى أخرجه البخارى ومسلم وأحمد وأصحاب السنن الأربعة إذ عرض يوم الخندق وهو ابن خمس عشرة سنة فأجيز ، ولم يجز يوم أحد ، لأنه كان ابن أربع عشرة سنة . قال أبو عمر بن البر : هذا فيمن عرف مولده . وأما من جهل مولده وعدم سنه أو جحده فالعمل فيه بما روى نافع عن أسلم عن عمر بن الخطاب أنه كتب الى أمراء الأجناد « ألا تضربوا الجزية إلا على من جرت عليه المواسى .

وقال عثمان رضى الله عنه فى غلام سرق « انظروا ان كان قد اخضر مبرزه فاقطعوه » وقال عطية القرظى « عرض رسول الله صلى الله عليه وسلم بنى قريظة فكل من أنبت منهم قتله بحكم سعد بن معاذ ، ومن لم ينبت منهم استحياه ، فكنت فيمن لم ينبت فتركنى» رواه البخارى ومسلم وأحمد وأبوداود والترمذى وصححه ،

وقال مالك مرة : بلوغه بغلظ صوته وتنشق أرنبته ، وعن أبي حنيفة رواية أخرى تسع عشرة وهي الأشهر ، وقال في الجـــارية : بلوغها لسبع عشرة سنة وعليها النظر . وقال داود الظاهري : لا يبلغ بالسن مالم يحتلم ، ولو بلغ أربعين سنة ؛ فأما الإنبات فمنهم من قال : يستدل به على البلوغ ؛ روى عن ابن القاسم وسالم ، وقاله مالك مرة ، والشافعي في أحـــد قوليه ، وبه قال أحمد وإسحاق وأبو ثور . وقيل : هو بلوغ إلا أن يحكم به في الكفار فيقتل من أنبت ، ويجعل من لم ينبت في الذرارى ، قاله الشافعي في القول الاخر لحـديث عطية القرظي ، ولا اعتبار في الخضرة والزغب ، وإنما يترتب الحكم على الشعر .

وقال مالك : العمل عندى على حديث عمر بن الخطاب لو جرت عليه المواسى لحددته ، قال أصبغ . قال لى ابن القـاسم : وأحب إلىّ أن لا يقام عليه الحد إلا باجتماع الإنبات والبلوغ .

قال ابن العربي : إذا لم يكن حديث ابن عمر دليلا في السن فكل عدد يذكرونه من السنين فانه دعوى ، والسن التي أجازها رسـول الله صلى الله عليه وسـلم أولى من سن لم يعتبرها ، ولا قام في الشرع دليل عليها ، وكذلك اعتبر رسول الله صلى الله عليه وسـلم الإنبات في بنى قريظة ، فمن عذيرى ممن ترك أمرين اعتبرهما النبي صلى الله عليه وسلم فيتأوله ، ويعتبر مالم يعتبره النبي صلى الله عليه وسلم لفظاً ، ولا جعل الله له في الشريعة نظراً على ان ابن العربي تبعا لأمير المؤمنين عمر بن عبد العزيز تأول حـديث ابن عمر في الأنفال ، وأن موجبه الفرق بين من يطيق القتال ويسهم له وهو ابن خمس عشرة سنة ومن لا يطيقه ، فلا يسهم له فيجعل في العيال ؛ وهو الذى فهمه عمر بن عبد العزيز من الحديث والله تعالى أعلم .

قال العمراني في البيان : فأما الانزال فمتى خرج منه المنى وهو الماء الأبيض الدافق الذى يخلق منه الولد في الجماع أو في النوم أو اليقظة فهو بلوغ لقوله تعالى « وإذا بلغ الأطفال منـكم الحلم فليستأذنوا » فلما أمر الأطفال بالاستئذان اذا احتلموا دل على أنهم قد بلغوا لأنهم قبل ذلك لم يكونوا يستأذنون .

وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « رفع القلم عن ثلاثة ، عن النائم حتى

يستيقظ ، وعن المبتلى حتى يبرأ ، وعن الصبي حتى يحتلم » رواه أحمد فى مسنده ، وأبو داود فى سننه والحاكم عن على وعمر رضى الله عنهما .

وهل يكون الاحتلام بلوغاً من الصبية ، فيه وجهان (أحدهما) لا يكون بلوغا لقوله صلى الله عليه وسلم « وعن الصبي حتى يحتلم » فخص الصبي بالاحتلام ، (والثانى) وهو طريقة أصحابنا البغداديين أنه بلوغ ، كما روت أم سلمة أم المؤمنين رضى الله عنها قالت : سألت النبي صلى الله عليه وسلم عن المرأة ترى فى منامها مايرى الرجل فقالت عائشة رضى الله عنها فضحت النساء ، أو يكون ذلك؟ فقال صلى الله عليه وسلم . فيم يشبهها ولدها ؟

وفى رواية « فيم الشبه » ثم قال صلى الله عليه وسلم « إذا رأت ذلك فلتغتسل » رواه الجماعة فأمرها بالاغتسال ، فثبت أنها مكلفة ، وأما السن فهو أن يستكمل الرجل والمرأة خمس عشرة سنة .

وحكى المسعودى وجهاً لبعض أصحابنا أن البلوغ يحصل بالطعن فى أول سنة الخمس عشرة ، والاول أصح ، وبه قال أبو يوسف ومحمد بن الحسن رحمهما الله ، وقال أبو حنيفة لا يبلغ الغلام إلا بتسع عشرة سنة وهى رواية محمد رضى الله عنه وفى رواية الحسن اللؤلؤى عنه إذا بلغ ثمانى عشرة سنة .

أما الجارية فتبلغ إذا بلغت تسع عشرة سنة . وقال مالك كقول داود . ليس للبلوغ حد فى السن .

دليلنا حديث ابن عمر رضى الله عنهما . عرضت على رسول الله صلى الله عليه وسلم عام أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة فردنى وعرضت عليه عام الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازنى فى المقاتلة .

ولا يجاز فى المقاتلة إلا بالغ ، فدل على ما قلناه ، وروى أنس رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال . إذا استكمل الغلام خمس عشرة سنة كتب ماله وما عليه ، وأخذت منه الحدود ، رواه البيهقى ، قال فى التلخيص وسنده ضعيف

وأما الانبات فهو انبات الشعر القوى الذى يحتاج إلى الموسى ، لا الزغب الاصفر حول العانة وحول الفرج ، ولايختلف المذهب أنه إذا ثبت ذلك للكافر حكم ببلوغه ، وهل هو بلوغ فيه ، أو لا دلالة له على البلوغ ، فيه قولان .

(أحدهما) أنه بلوغ فى نفسه ، لأن ما حكم به بالبلوغ كان بلوغاً بنفسه كالاحتلام (والثانى) أنه ليس ببلوغ فى نفسه ، وإنما دلالة على البلوغ ، لأن العادة جرت أنه لا يظهر إلا فى وقت البلوغ ، فإذا قلنا إنه بلوغ فى حق الكافر كان بلوغا فى حق المسلم ، لان ما كان بلوغا فى حق الكافر كان كذلك فى حق المسلم كالاحتلام ، وإذا قلنا : إنه ليس ببلوغ فى حق الكافر وإنما هو دلالة على البلوغ فهل يجعل ذلك دلالة فى حق المسلم ، منهم من قال : فيه وجهان ، ومنهم من قال فيه قولان .

(أحدهما) أنه دلالة على بلوغه ، لان ما كان دلالة على البلوغ فى حق الكافر كان دلالة وعلماً على البلوغ فى حق المسلم كالحمل .

(والثانى) أنه لا يكون دلالة على البلوغ عند المسلم ، لانه يمكن الرجوع إلى معرفة سن المسلم ؛ لأنه مولود بين المسلمين ، ولا يمكن ذلك فى سن الكافر هكذا قال صاحب البيان .

قلت وهو دليل على أن النظام عند المسلمين فى عنفوان مجدهم جعلهم يؤرخون لمواليدهم فى زمن كانت تسود العالم الفوضى والعشوائية حتى فى تحديد سن الذرية بين غير المسلمين فمتى يعود المسلمون إلى سابق مجدهم فيسبقوا أمم الارض بنظامهم وعلومهم وقوتهم وإيمانهم ، وتلك لعمرى عمد المجد الذى تدين الدنيا لهم به ، فاللهم بصرنا وافتح قلوبنا للايمان .

وقال أبو حنيفة : الإنبات لا يكون بلوغا ولا دلالة على البلوغ فى حق المسلم والكافر .

دليلنا ما روى عطية العوفى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حكم سعد بن معاذ رضى الله عنه فى بنى قريظة لحكم بسبى ذراريهم ونسائهم ، وقسم أموالهم . وقتل من جرت عليه الموسى . فأمر أن يكشف عن مؤتزريهم فمن أنبت منهم فهو من المقاتلة ، ومن لم ينبت فهو من الذرارى : فبلغ ذلك النبى صلى الله عليه وسلم فقال : لقد حكمت فيهم بحكم الله من فوق سبعه أرقعة .

قال الصيمرى : وكيف يعرف الانبات ، قيل : يدفع اليهم شمع أو طين رطب

يلزقونه الموضع ، وقيل يلمس ذلك من فوق ثوب ناعم . وقيل يكشف حالا بعد حال وهو الصحيح ، لان سعداً رضى الله عنه أمر بكشف بنى قريظة .

وأما خضرة الشارب ، ونزول العارضين ، ونبات اللحية ، وخشونة الحلق ، وقوة الكلام ، وانفراج مقدم الانف ، ونهود الثدى فليس شيء من ذلك بلوغا لانه قد يتقدم على البلوغ وقد يتأخر عنه .

وأما الحيض فهو بلوغ لقوله صلى الله عليه وسلم : لا يقبل الله صلاة امرأة تحيض إلا بخمار ، فجعلها مكلفة بوجود الحيض ، فدل على أنه بلوغ ، وأما الحمل فإنه ليس ببلوغ فى نفسه ، وإنما هو دلالة على البلوغ ، فاذا حملت المرأة علمنا أنه قد خرج منها المنى لقوله تعالى « خلق من ماء دافق يخرج من بين الصلب والترائب »

فاذا وضعت المرأة الحمل حكمنا بأنها بلغت قبل الوضع بستة اشهر ، إن كانت ذات زوج ، لان ذلك قدر مدة الحمل عندنا ، وإن كانت مطلقة فأتت بولد يلحق الزوج حكمنا أنها كانت بالغة قبل الطلاق .

وأما الغلام الذى شبب فى شعره فهو عمر بن أبى ربيعة وكانت له جولات فى الغزل على عهد عمر ومن بعده .

(فرع) وأما الخنثى المشكل فاذا استكمل خمس عشرة سنة أو نبت له الشعر الخشن على عانته حكم ببلوغه ، لأنه يستوى فى ذلك الرجل والمرأة ، فان حمل زال إشكاله ، وبان أنه امرأة ، وحكم بأنه بالغ قبل الوضع ، وان خرج المنى منه من أحد الفرجين لم يحكم ببلوغه لجواز أن يكون خرج منه من الفرج الزائد ، وان خرج منه الدم من فرج النساء لم يحكم ببلوغه لجواز أن يكون رجلا . وهذا عضو زائد ، وان خرج منه المنى من الفرجين حكم ببلوغه . لأن خروج المنى من فروج الرجال والنساء بلوغ .

قال الشافعى رضى الله عنه : وان حاض وأمنى لم يبلغ .

واختلف أصحابنا فيه فقال الصيمرى : اذا حاض من فرج النساء وأمنى من فرج الرجال لم يحكم ببلوغه . وقال الشيخ أبو حامد وعامة أصحابنا . يحكم ببلوغه ، لانه ان كان رجلا فقد احتلم . وان كانت امرأة فقد حاضت ، وما ذكره

الشافعى رضى الله عنه فله تأويلان (أحـدهما) أنه أراد أمنى وحاض من فرج واحد (والثـانى) أراد حاض وأمنى . فان قيل : هلا جعلتم خروج المنى منه من أحد الفرجـين ، دليلا على بلوغه ؟ كما جعلتم خروج البول دليلا على ذكوريته وأنوثيته ، فالجواب أن البول لا يخرج الا من الفرج المعتـاد ؛ والمنى قد يخرج من المعتاد وغيره .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) فأما ايناس الرشد فهو اصلاح الدين والمـال فاصلاح الدين ان لا يرتكب من المعاصى ما يسقط به العدالة واصلاح المـال أن يكون حافظا لماله غير مبذر ويختبره الولى اختبار مثله من تجارة ان كان تاجراً أو تناء ان كان تانئا[١] أو اصلاح أمر البيت ان كانت امرأة . واختلف أصحابنا فى وقت الاختبار فمنهم من قال : لا يختبر فى التجارة الا بعد البلوغ لأن قبل البلوغ لا يصح تصرفه ، فلا يصح اختباره ، ومنهم من قال : يختبر قبل البلوغ لقوله تعالى « وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح » فأمر باختبار اليتامى وهم الصغار فعلى هذا كيف يختبر فيه وجهان (أحدهما) أنه يسلم اليه المال فاذا ساوم وقرر الثمن عقد الولى لان عقد الصبى لا يصح (والثانى) أنه يتركه حتى يعقد لان هذا موضع ضرورة .

(فصل) وان بلغ مبذرا [٢] استديم الحجر عليه لان الحجر عليه انما يثبت للحاجة اليه لحفظ المال والحاجة قائمة مع التبذير فوجب أن يكون الحجر باقيا ، وان بلغ مصلحا للمال فاسقا فى الدين استديم الحجر عليه لقوله تعالى « فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم » والفاسق لم يؤنس منه الرشد ولان حفظه للمال لا يوثق به مع الفسق لأنه لا يؤمن ان يدعوه الفسق الى التبذير فلم يفك الحجر عنه ولهذا لم تقبل شهادته ، وان كان معروفا بالصدق لأنا لا نأمن أن يدعوه الفسق الى الكذب وينظر فى ماله من كان ينظر فى حال الصغر وهو الاب والجد

---

(١) قوله « أو تناء ان كان تانئا » التنأ الزراعة والتانىء الزارع

(٢) المبذر الذى يخرج المـال فى غير وجهه وأصله التفريق ، ومنه البذر فى الزراعة لأنه يفرق .

والوصي والحاكم لأنه حجر ثبت من غير قضاء ، فكان النظر الى من ذكرنا كالحجر على الصبي والمجنون .

(الشرح) قوله « آنستم » مر بك بعض معانيه . وقال الأزهري : تقول العرب : اذهب فاستأنس هل ترى أحداً معناه تبصر . قال النابغة :

كأن رحلي وقد زال النهار بنا يوم الجليل على مستأنس وحد

أراد ثوراً وحشياً يتبصر هل يرى قانصا فيحذره ، وقيل آنست وأحسست ووجدت بمعنى واحد ، وقراءة العامة « رشدا » بضم الراء وسكون الشين . وقرأ السلمي وعيسى الثقفي وابن مسعود « رشدا » بفتح الراء والشين ، وقيل رشدا مصدر رشد وبابه سما يسمو ، ورشدا بفتح الشين مصدر رشد . وبابه علم . وكذلك الرشاد .

واختلف العلماء في تأويل « رشدا » فقال الحسن وقتادة وغيرهما صلاحا في الدين والعقل . وقال ابن عباس والسدي والثوري صلاحا في العقل وحفظ المال قال سعيد بن جبير والشعبي : إن الرجل ليأخذ بلحيته وما بلغ رشده ، فلا يدفع الى اليتيم ماله وإن كان شيخا حتى يؤنس منه رشده . وقال مجاهد « رشدا » يعني في العقل خاصة . وقال الضحاك : لا يُعطى اليتيم ماله وإن بلغ مائة سنة حتى يعلم منه إصلاح ماله .

وأكثر العلماء على أن الرشد لا يكون إلا بعد البلوغ ، واذا لم يرشد بعد بلوغ الحلم . وان شاخ . لا يزول الحجر عنه . وهو مذهب مالك . وقال أبو حنيفة لا يحجر على الحر البالغ اذا بلغ مبلغ الرجال ، ولو كان أفسق الناس وأشدهم تبذيراً إذا كان عاقلا . وبه قال زفر بن الهذيل . وهو مذهب النخعي . واحتجوا في ذلك بما رواه قتادة عن أنس أن حبان بن منقذ كان يبتاع وفي عقله ضعف . فقيل يا رسول الله احجر عليه فإنه يبتاع وفي عقله ضعف ، فاستدعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال « لا تبع » فقال « لا أصبر » فقال « اذا بايعت فقل : لا خلابة . ولك الخيار ثلاثاً »

قالوا : فلما سأله القوم الحجر عليه لما كان من تصرفه من الغبن ولم يفعل

عليه السلام ، ثبت أن الحجر لا يجوز ، وهذا لا حجة لهم فيه ، لأنه مخصوص بذلك على أوجه ساقها شيخنا النووى فى أول البيوع

قال الامام الشافعى رضى الله عنه : ان كان مفسدا لماله ودينه ، أو كان مفسدا لماله دون دينه حجر عليه ، وإن كان مفسدا لدينه مصلحا لماله فعلى وجهين .

(أحدهما) وهو اختيار أبى العباس بن سريج : يحجر عليه .

(والثانى) لا حجر عليه ، وهو اختيار أبى إسحاق المروزى ، والأظهر من مذهب الشافعى . قال الثعلبى : وهذا الذى ذكرناه من الحجر على السفيه قول عثمان وعلى والزبير وعائشة وابن عباس ، وعبد الله بن جعفر رضوان الله عليهم ومن التابعين شريح ، وبه قال الفقهاء مالك وأهل المدينة والأوزاعى وأهل الشام وابو يوسف ؛ ومحمد وأحمد وإسحاق وأبو ثور . قال الثعلبى : وادعى أصحابنا الإجماع فى هذه المسألة .

قال صاحب البيان : وأما إيناس الرشد فهو إصلاح الدين والمال ، فإصلاح الدين يكون بأن لا يرتكب من المعاصى ما ترد به شهادته ، وإصلاح المال أن لا يكون مبذرا ، وقال مالك وأبو حنيفة رحمهما الله تعالى : إذا بلغ الرجل مصلحا لماله دفع اليه ماله ، وان كان مفسداً لدينه . اه

دليلنا قول الله تعالى (فإن آنستم منهم رشدا) قال ابن عباس : الرشد الحلم والعقل والوقار ، والحلم والوقار لا يكونان إلا لمن كان مصلحا لماله ودينه ، وهكذا قال الحسن البصرى ؛ ولأن إفساده لدينه يمنع رشده ، والثقة فى حفظ ماله ، كما أن الفسق يسقط عدالته ؛ ويمنع من قبول قوله وان عرف عنه الصدق فى القول

إذا ثبت هذا ، فبلغ غير مصلح لماله ولدينه ؛ فإنه يستدام عليه الحجر ، وان صار شيخا . وبه قال مالك وأبو يوسف ومحمد .

وقال أبو حنيفة : اذا بلغ غير مصلح لماله لم يدفع اليه ، لكن ان تصرف فيه ببيع أو عتق أو غيره نفذ تصرفه ، فإذا بلغ خمساً وعشرين سنة انفك عنه الحجر ودفع اليه ماله ، وان كان مفسدا لدينه وماله . لأنه قد آن له أن يصير جدا لأنه قد بلغ باثنتى عشرة سنة فيتزوج ويولد له ولد ويبلغ ولده الاثنتى عشرة سنة ويولد له . قال وأنا أستحيي أن أمنع الجد ماله .

دليلنا قوله تعالى (حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم) وقد بينا الرشد ما هو ؛ وهذا لم يؤنس منه الرشد فلم يفك عنه الحجر ولم يدفع اليه ماله ، كما لو كان ابن أربع وعشرين سنة .

وأما قوله إنه آن له أن يصير جداً فلا اعتبار بكونه جدا ، ألا ترى ان المجنون يستدام عليه الحجر مادام مجنونا ، وان كان جدا ، إذا ثبت هذا فإنه ينظر فى ماله من كان ينظر فيه قبل البلوغ ، لأنه حجر ثبت عليه من غير حاكم فكان الى الناظر فيه قبل البلوغ ، كالنظر فى مال الصغير

(فرع) وأما إصلاح المال فلا يعلم إلا بالاختبار ، وفى وقت الاختبار وجهان (أحدهما) لا يصح إلا بعد البلوغ ، لأن الاختبار أن يدفع اليه المال ليبيع ويشترى فيه وينفقه . وهذا لا يصح إلا بعد البلوغ ، فأما قبل هذا فهو محجور عليه للصغير والثانى يصح لقوله تعالى (وابتلوا اليتامى الخ) وهذا يقتضى أن يكون الاختبار قبل بلوغ النكاح ولأن تأخير الاختبار الى البلوغ يؤدى الى الحجر على رشيد ، لأنه قد يبلغ مصلحاً لماله ودينه ، فلو قلنا : إن الاختبار لا يجوز الا بعد البلوغ لاستديم الحجر على رشيد ومنع من ماله ، لأنه لا يدفع اليه إلا بعد الاختبار

فإذا قلنا بهذا فكيف يختبر بالبيع والشراء ؟ فيه ثلاثة أوجه :

(أحدها) يأمره الولى أن يساوم فى السلع ويقدر الثمن ، وليس العقد ، لأن عقد الصبى لا يصح ، ولكن يعقد الولى ، ومنهم من قال يشترى الولى سلعة ويدعها بيد البائع ويواطؤه على بيعها من الصبى ، فإن اشتراها منه بثمنها عرف رشده . ومنهم من قال يجوز عقد الصبى لأنه موضع ضرورة .

وأما كيفية الاختبار فان كان من أولاد التجار واصحاب المهن الذين يخرجون الى السوق ، فاختباره أن يدفع اليه شىء من ماله ليبيع ويشترى فى السوق ، أو تترك له مناسبة يباشر فيها مهنة أبيه مستقلا تحت نظر الولى واشرافه . فان كان ضابطا حازما فى البيع والشراء والحرفة دل على رشده ، وان عى عما لا يتغابن الناس بمثله فهو غير رشيد .

وان كان من أولاد الحكام وأبناء الذين يصـانون عن الاسواق قال الشيخ أبو حامد : فاختبارهم أصعب من الاول ، واختبار الواحد منهم أن يدفع اليه شيء من المال ويجعل اليه نفقة الاسرة مدة شهر مثلا أو ماأشبه ذلك ، لشراء متطلبات الدار واحتياجاتها ، فان كان ضابطا حافظا يحسن انفاق ذلك علم رشده ، وان كان غير ضابط لم يعلم رشده ، أو كما قال .

قال الصيدلانى : وولد البناء يختبر بالدراعة . هذا اذا كان المختبر غلاماً ، فان كان امرأة قال الشيخ أبو حامد وابن الصباغ : لا تختبر بالبيع والشراء . لان العادة جرت أنها لاتباشر ذلك ، وانما تختبر فى البيت بأن يدفع اليها شيء من المال ويتولى نساء ثقات الإشراف على فعلها ، وتؤمر بانفاق ذلك فى الخبز والملح واللحم والخضر والوقود واصلاح أدوات المطبخ وصيانة أثاث البيت ؛ وما الى ذلك ، أو كما قال .

قال الصيمرى : ان كانت متبذلة تعامل الخباز والصباغ اختبرت بالبيع والشراء . وقال الصيمرى : ولا يعلم رشـده حتى يتكرر ذلك منه التكرر الذى يؤمن أن يكون ذلك اتفاقا (مصادفة)

قال الشافعى فى الأم : وقد رأيت من الحكام من أمر باختبار من لا يوثق بحاله تلك الثقة بأن يدفع اليه القليل من ماله ، فان أصلح فيه دفع اليه ما بقى ، وإن أفسـد فيه كان الفساد فى القليل أيسر منه فى الكل ، ورأينا هذا وجها من الاختبار حسنا . والله أعلم

(فرع) فيمن قامت بينة برشده ثم قامت بينة أخرى بسفهه

كتب السبكى على بن عبد الكافى رحمه الله تعالى ردا على سؤال من ابنه فى امرأة سفيهة تحت الحجر قامت بينة برشدها ثم حضر وصيها فأقام بينة بسفهها ، فهل تسمع بينة السفه ويعاد الحجر عليها ، واختلف ابنه مع غيره من الفقهاء ، فقال على رحمه الله

أما كون بينة السفه لا تقبل الا مفسرة فينبغى ذلك . لأن الناس مختلفون فى أسباب السفه والرشد ؛ فمن الناس من يرى صرف المال الى الاطعمة النفيسة التي لاتليق بحاله سفهاً ، والصحيح أنه ليس بسفه ، ولكن صرفها فى الحرام سفه

ومن الناس من يرى أن الصبي إذا بلغ وهو يفرط فى إنفاق المال فى وجوه الخير من الصدقات ونحوها يكون سفيها لذلك ، والصحيح أنه لا يكون بذلك سفيها . ومن الناس من يرى أن الرشد هو الصلاح فى المال فقط . وعندنا ليس كذلك ، بل لا بد من الصلاح فى الدين والمال ، وخالف فيه بعض أصحابنا وجماعة من العلماء ومن السفه ما يكون طارئاً ومنه ما يكون مستداما ؛ والشاهد قد يكون عامياً وقد يكون فقيها ويرى سفها ما ليس سفه عند القاضى . وكذلك الرشد . فكيف تقبل شهادته مطلقة . فينبغى أن لا تقبل الشهادة بالسفه حتى يبين سببه ، ولا بالرشد حتى يبين أنه مصلح لدينه وماله كما هى عادة المحاضر التى تكتب بالرشد . وقال الماوردى : إذا أقر الراهن والمرتهن عند شاهدين أن يؤديا ما سمعاه مشروحا فلو أرادا أن لا يشرحا بل شهدا أنه رهن بالفين ، فإن لم يكونا من أهل الاجتهاد لم يجز ، وكذا إن كانا من أهل الاجتهاد فى الأصح ، لأن الشاهد ناقل ، والاجتهاد الى الحاكم

وقال ابن ابى الدم : الذى تلقيته من كلام المراوزة وفهمته من مدارج مباحثاتهم المذهبية أن الشاهد ليس له أن يرتب الاحكام على أسبابها ، بل وظيفته نقل ماسمعه أو شاهده ، فهو سفير إلى الحاكم فيما ينقله من قول سمعه أو فعل رآه ، وقد اختلف أصحابنا فى الشهادة بالردة ، هل تقبل مطلقة أو لا بد من البيان ، والمختار عندى أنه لا بد من البيان وفاقا للغزالى لاختلاف المذاهب فى التكفير ، والجهل كثير من الناس ، وإن كان الرافعى رجح قبولها مطلقة لظهور أسباب الكفر . وهذه العلة لا يأتى مثلها فى السفه والرشد

فيترجح أنه لا بد من البيان كالجرح ؛ وليس الرشد كالتعديل حتى يقبل مطلقاً ، نعم هو مثله فى الاكتفاء فى الإطلاق فى صلاح الدين ، والاطلاق فى صلاح المال لعسر التفصيل فيه .

أما إطلاق الرشد من غير بيان الدين والمال فلا يكفى ، وبعد أن أوضح العلامة رحمه الله تقديم بينة الرشد على بينة السفه مقيدة بالتاريخ قال : وأما اذا قبلناها مطلقة فالذى بحثه الوالد — يعنى ابنه — صحيح . ويشهد له ما قاله الشيخ تقى الدين أبو عمرو بن الصلاح رحمه الله فى فتاويه فى ثلاث مسائل متجاورة فى

أول كتاب التدليس . إحداها فيمن علم يسار شخص فى زمان متقادم هل له ان يشهد الآن بيساره ؟ وهل يسأله الحاكم عن كونه موسراً حال أداء الشهادة . وعليه الشهادة . كذلك أجاب رضى الله عنه - يعنى ابن الصلاح - أن له أن يشهد الآن بيساره معتمداً على الاستصحاب ، الا أن يكون قد طرأ ما أوجب اعتقاده بزواله أو جعله فى صورة التشكيك فى بقائه وزواله ، والاعتماد فى هذا على الاستصحاب السالم عن طارىء

فحدثه كالاعتماد على مثله فى الملك ولا يشترط فيه الخبرة الباطنة كما هنالك ، وما علل به ذلك من أنه لا طريق له الا الاستصحاب فى الباطن لا بد له من الاستصحاب موجود هنا .

قال ومما يدل من كلامهم على جريانه فى نظائره قولهم فى البينة الناقلة فى الدين فى مسألة الإبنين المسلم والنصرانى وفى غيرها أنها ترجح على المنفية ، لأنها اعتمدت على زيادة علم ، والاخرى ربما اعتمدت على الاستصحاب . وهذا تجويز منهم لذلك ، والا لكان ذلك قد جاء فيها لا من قبيل الترجيح ، بل يكتفى الحاكم بالشهادة أنه موسر ، فإنه يتناوله الحال : فإن أحوجه الى ذكر الحالة الراهنة فله أن يشهد لذلك معتمدا على الاستصحاب المذكور ، بل لا ينبغى أن يفصح بذلك فى الشهادة ، فإنه لا بد من الدين بما شمل الحال الحاضرة . هكذا نقل السبكى كلام ابن الصلاح . والله أعلم

قال المسعودى : ولا يضمن الولى المال الذى يدفعه اليه للاختبار ، لأن ذلك موضع حاجة اليه اه

(فرع) اذا بلغت المرأة مرتبة من الادراك والنصون تجعلها مصلحة لمالها ودينها فك عنها الحجر ودفع اليها مالها ، سواء تزوجت أو لم تتزوج ، ثم يكون لها التصرف فى جميع مالها بغير اذن زوجها . وبه قال أبو حنيفة رضى الله عنه . وقال مالك رضى الله عنه : لا يفك عنها الحجر حتى تتزوج ويدخل بها ، واذا تزوجت لم يجز لها أن تتصرف بأكثر من ثلث مالها بغير معارضة الا باذن زوجها

دليلنا ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه خطب فى العيد فلما فرغ من خطبته أتى النساء فوعظهن وقال « تصدقن ولو من حليكن ، فتصدقن بحليهن »

رواه الشيخان . فلو كان لا ينفذ تصرفهن بغير اذن أزواجهن لما أمرهن النبي صلى الله عليه وسلم بالصدقة ، ولا محالة أنه كان فيهن من لها زوج ومن لا زوج لها ولو أنها حرة بالغه رشيدة فليس تمنع من مالها كما لو تزوجت

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وان بلغ مصلحا للدين والمال فك عنه الحجر لقوله تعالى (فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم) وهل يفتقر فك الحجر الى الحاكم . فيه وجهان .

(أحدهما) لا يفتقر الى الحاكم ، لأنه حجر ثبت من غير حكم فزال من غير حكم كالحجر على المجنون .

(والثاني) أنه يفتقر الى الحاكم لأنه يحتاج الى نظر واختبار ، فافتقر الى الحاكم كفك الحجر عن السفيه

(الشرح) الاحكام : واذا بلغ مصلحا لماله ودينه فك عنه الحجر ، وهل يفتقر فكه الى الحاكم . فيه وجهان

(أحدهما) لا يفتقر الى الحاكم ، لأنه حجر لم يفتقر ثبوته الى الحاكم فلم يفتقر فكه إلى الحاكم كالحجر على المجنون ، وفيه احتراز من حجر السفيه .

(والثاني) لا ينفك الا بحكم الحاكم ، لأنه يفتقر الى نظر واجتهاد فافتقر الى الحاكم كالحجر على السفيه . هذا هو المشهور

وقال الصيمري : ان كان الناظر في ماله هو الاب أو الجد لم يفتقر الى الحاكم وان كان الناظر فيه أمين الحاكم (الحارس) لم ينفك الا بالحاكم

وان كان الناظر فيه هو الحاكم ففيه وجهان

(أحدهما) لا يفتقر فكه الى الحاكم . كما لو كان الناظر فيه الأب والجد .

(والثاني) يفتقر الى الحاكم ، كما لو كان الناظر فيه أمين الحاكم

قال المصنف رحمه الله :

{ فصـل } وإن فك عنه الحجر ، ثم صار مبذراً حجر عليه ، لما روى أن عبد الله بن جعفر رضى الله عنه ابتاع أرضاً سبخة بستين ألفاً فقال عثمان مايسرنى أن تكون لى بنعلىّ معا ، فبلغ ذلك علياً كرم الله وجهه ، وعزم أن يسأل عثمان أن يحجر عليه . فجاء عبد الله بن جعفر إلى الزبير ، وذكر أن عليا يريد أن يسأل عثمان رضى الله عنهما أن يحجر عليه ، فقال الزبير : أنا شريكك فجاء على إلى عثمان رضى الله عنهما وسأله أن يحجر عليه ، فقال : كيف أحجر على من شريكه الزبير فدل على جواز الحجر ولأن كل معنى اقتضى الحجر إذا قارن البلوغ اقتضى الحجر إذا طرأ بعد البلوغ ، كالجنون .

فإن فك عنه الحجر ثم صار فاسقا ففيه وجهان . قال أبو العباس : يعاد عليه الحجر ، لأنه معنى يقتضى الحجر ، عند البلوغ ، فاقتضى الحجر بعده كالتبذير .

• • •

وقال أبو إسحاق : لا يعاد عليه الحجر ، لأن الحجر للفسق لخوف التبذير ، وتبذير الفاسق ليس بيقين ، فلا يزال به ما تيقنا من حفظه المال ، ولا يعاد عليه الحجر بالتبذير إلا بالحـاكم ، لأن عليا كرم الله وجهه أتى عثمان رضى الله عنه وسأله أن يحجر على عبد الله بن جعفر ، ولأن العلم بالتبذير يحتاج إلى نظر ، فإن الغبن قد يكون تبذيرا ، وقد يكون غير تبذير ، ولأن الحجر للتبذير مختلف فيه فلا يجوز إلا بالحاكم ؛ فإذا حجر عليه لم ينظر فى ماله إلا الحـاكم ؛ لأنه حجر ثبت بالحاكم فصار هو الناظر كالحجر على المفلس .

ويستحب أن يشهر على الحجر ليعلم الناس بحاله وأن من عامله ضيع ماله ، فان أقرضه رجل مالا أو باع منه متاعا لم يملكه ، لأنه محجور عليه لعدم الرشد ، فلم يملك بالبيع والقرض . كالصبي والمجنون ، فإن كانت العين باقية ردت . وان كانت تالفة لم يجب ضمانها . لأن المالك ان علم بحاله فقد دخل على بصيرة وأن ماله ضائع وان لم يعلم فقد فرط حين ترك الاستظهار ، ودخل فى معاملته على غير معرفة .

وان غصب مالا وأتلفه وجب عليه ضمانه : لأن حجر العبد والصبي آكد من حجره ، ثم حجر العبد والصبي لايمنع من وجوب ضمان المتلف ، فلأن لايمنع حجر المبذر أولى ، فإن أودعه مالا فأتلفه ، ففيه وجهان .

(أحدهما) أنه لا يجب ضمانه ، لأنه فرط فى التسليم اليه .

(والثانى) يجب ضمانه ، لأنه لم يرض بالإتلاف . فان أقر بمال لم يقبل اقراره لأنه حجر عليه لحظه فلا يصح اقراره بالمال كالصبي ، ولأنا لو قلنا يصح اقراره توصل بالاقرار الى ابطال معنى الحجر ، ومالا يلزمه بالاقرار والابتياع لا يلزمه اذا فك عنه الحجر ، لانا أسقطنا حكم الاقرار والابتياع لحفظ المال ، فلو قلنا : انه يلزمه اذا فك عنه الحجر لم يؤثر الحجر فى حفظ المال ، وان طلق امرأته صح الطلاق ، لان الحجر لحفظ المال ، والطلاق لايضيع المال ، بل يتوفر المال عليه وان خالع جاز ، لانه اذا صح الطلاق بغير مال فلأن يصح بالمال أولى .

ولا يجوز للمرأة أن تدفع اليه المال فان دفعته لم يصح القبض ولم تبرأ المرأة منه ، فان تلف كان ذلك من ضمانها ، وان تزوج من غير اذن الولى فالنكاح باطل لانه يجب به المال فاذا صححنا من غير اذن الولى تزوج من غير حاجة ، فيؤدى الى اتلاف المال ، فان تزوج باذنه صح ، لأن الولى لا يأذن الا فى موضع الحاجة ، فلا يؤدى الى اتلاف ماله ، فان باع باذنه ففيه وجهان .

(أحدهما) يصح ، لانه عقد معاوضة فملكه بالاذن كالنكاح .

(والثانى) لا يصح ، لان القصد منه المال ، وهو محجور عليه فى المال ، فان حلف انعقدت يمينه ، فاذا حنث كفر بالصوم ، لأنه مكلف ممنوع من التصرف بالمال ، فصحت يمينه ، وكفر بالصوم كالعبد ، وان أحرم بالحج صح احرامه لانه من أهل العبادات ، فان كان فرضاً لم يمنع من اتمامه ، ويجب الانفاق عليه الى أن يفرغ منه لانه مال يحتاج اليه لاداء الفرض فوجب .

وان كان تطوعا — فان كان مايحتاج اليه فى الحج لا يزيد على نفقته — لزمه اتمامه ، وان كان يزيد على نفقته ـ فان كان له كسب اذا أضيف الى النفقة أمكنه الحج ـ لزمه اتمامه ، وان لم يمكنه حلله الولى من الاحرام ، ويصير كالمحصر

ويتحلل بالصوم دون الهدى ، لأنه محجور عليه فى المـال ، فتحلل بالصوم دون الهدى كالعبد ، وإن أقر بنسب ثبت النسب ، لأنه حق ليس بمال فقبل إقراره به كالحد وينفق على الولد من بيت المال ، لأن المقر محجور عليه فى المال ، فلا ينفق عليه من المال كالعبد . وإن وجب له القصاص فله أن يقتص ويعفو . لأن القصد منه التشفى ودرك الغيظ ، فان عفا على مال وجب المال ، وإن عفا مطلقاً أو عفا على غير مال — فان قلنا : إن القتل يوجب أحد الامرين من القصاص أو الدية وجبت الدية ، ولم يصح عفوه عنها . وان قلنا : إنه لا يوجب غير القصاص سقط ولم يجب المال .

(الشرح) قصة عبد الله بن جعفر رواها الشافعى فى مسنده عن محمـد بن الحسن عن أبى يوسف القـاضى عن هشام بن عروة عن أبيه ؛ وأخرجها أيضاً البيهقى وقال : يقال ان أبا يوسف تفرد به ، وليس كذلك ، ثم أخرجها من طريق الزهرى المدنى القاضى عن هشام نحوه ، ورواها أبو عبيدة فى كتاب الأموال عن عفان بن مسلم عن حماد بن زيد عن هشام بن حسان عن ابن سيرين قال : قال عثمان لعلى رضى الله عنه ألا تأخذ على يد ابن أخيك - يعنى عبد الله بن جعفر - وتحجر عليه ؛ اشترى سبخة — أى أرضاً لا تنبت - بستين ألف درهم ما يسرنى أنها لى بنعلى ، وقد ساق القصة البيهقى فقال : اشـترى عبد الله بن جعفر أرضاً سبخة فبلغ ذلك علياً رضى الله عنه فعزم على أن يسأل عثمان الحجر عليه فجاء عبد الله بن جعفر الى الزبير فذكر ذلك له ، فقال الزبير : أنا شريكك ، فلما سأل على عثمان الحجر على عبد الله بن جعفر قال : كيف أحجر على من شريكه الزبير وفى رواية للبيهقى أن الثمن ستمائة ألف .

وقال الرافعى : الثمن ثلاثون ألفاً . قال الحافظ : لعله من غلط النسـاخ ، والصواب بستين ألفاً اهـ .

(قلت) وقد ورد التصحيف أيضا فى قول عثمان رضى الله عنه : ما يسرنى أن تكون لى بنعلى ، فوردت ببغلى . ووردت بنعلىْ . وروى القصة ابن حزم فى المحلى فقال : بستين ألفاً .

أما الأحكام فقد استدل بهذه الواقعة من أجاز الحجر على من كان سيء التصرف ، وبه قال على وعثمان وعبد الله بن الزبير وعبد الله بن جعفر وشريح وعطاء والشافعى ومالك وأبو يوسف ومحمد .

قال الحافظ ابن حجر فى فتح البارى : والجمهور على جواز الحجر على الكبير وخالف أبو حنيفة وبعض الظاهرية ، ووافق أبو يوسف ومحمد . قال الطحاوى ولم أر عن أحد من الصحابة منع الحجر على الكبير ، ولا عن التابعين إلا عن إبراهيم وابن سيرين .

وحكى صاحب البحر عن العترة أنه لا يجوز مطلقاً ، وعن أبى حنيفة أنه لا يجوز أن يسلم اليه ماله إلا بعد خمس وعشرين سنة ولا يعاد عليه الحجر إذا أسلم اليه ماله بعد خمس وعشرين ، سواء أفسد دينه وماله أو أحدهما . قال العمرانى فى البيان : إذا بلغ الصبى مصلحاً لماله ودينه ففك عنه الحجر ودفع اليه ماله ثم صار مفسدا لدينه وماله ، أو لماله ، فانه يعاد الحجر عليه بلا خلاف على المذهب . فأما إفساد الدين فمعروف ، وأما إفساد المال ، قال الشيخ أبو حامد : فيكون بأحد أمرين : إما بأن ينفقه فى المعاصى . مثل الزنا وشرب الخمر وغير ذلك . والثانى أن ينفقه فيما لا مصلحة له فيه ولا غرض ، مثل أن يشترى ما يساوى درهماً بمائة درهم . فأما إذا أكل الطيبات ولبس الناعم من الثياب ، وأنفق على الفقهاء والفقراء فهذا ليس فيه إفساد المال اه

وأما إذا عاد مفسدا لدينه وهو مصلح لماله فهل يعاد الحجر عليه ؟ فيه وجهان قال أبو العباس يعاد عليه الحجر لقوله تعالى (فان كان الذى عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل) فأثبت الولاية على السفيه وهذا سفيه . ولأنه معنى لو قارن البلوغ لمنع فك الحجر عنه . فإذا طرأ بعد فك الحجر عنه ، اقتضى ذلك إعادة الحجر عليه كالتبذير

وقال أبو إسحاق المروزى : لا يعاد عليه الحجر لأن الحجر يراد لحفظ ماله فإذا كان مصلحاً لماله لم يعد عليه الحجر ، ويخالف إذا قارن إفساد الدين البلوغ لأن الحجر اذا ثبت لم يزل عنه إلا بأمر قوى : فكذلك اذا فك عنه الحجر لم يعد عليه الا بأمر قوى . هذا مذهبنا . وأنه اذا عاد مفسدا لماله ودينه عاد عليه

الحجر، وبه قال عثمان وعلي والزبير وابن الزبير وعبد الله بن جعفر وعائشة أم المؤمنين وشريح ومالك وأبو يوسف ومحمد، وقد مضى خلاف أبي حنيفة لهم جميعا

دليلنا ما مضى فى قوله تعالى (فان كان الذى عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل)

قال الشافعى رضى الله عنه: والسفيه هو المفسد لماله ودينه، والضعيف هو الصبي والشيخ الفانى، والذى لا يستطيع أن يمل المجنون

والسفيه اسم ذم يتناول المبذر، فأما قوله تعالى (سيقول السفهاء من الناس) الاية. فأراد اليهود. وقيل أراد المنافقين. وقيل أراد اليهود والنصارى.

وقوله تعالى (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم) الاية. قيل أراد به النساء، وهو قول مجاهد وهذا القول لا يصح، انما تقول العرب للنساء سفائه أو سفيهات، لأنه الأكثر فى جمع فعيلة،

وروى عن عمر رضى الله عنه: من لم يتفقه فلا يتجر فى سوقنا، قال القرطبى فكذلك قوله تعالى (ولا تؤتوا السفهاء أموالكم) يعنى الجهال بالأحكام، وقوله تعالى «أموالكم» أى أموالهم، كقوله تعالى «لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل» أى أموال بعضكم.

ويدل على ما ذكرناه أن حبان بن منقذ أصابه فى عقله ضعف، فأتى أهله الى النبى صلى الله عليه وسلم فسألوه أن يحجر عليه، فقال له النبى صلى الله عليه وسلم «لا تبع، فقال انى لا أصبر؛ فقال صلى الله عليه وسلم: من بايعته فقل: لا خلابة ولك الخيار ثلاثا» فلو كان الحجر لا يجوز على البالغ لأنكر رسول الله (ص) عليهم سؤالهم. وانما لم يجبهم الى الحجر لأنه يحتمل أن يكون الذى يغبن به مما يتغابن الناس بمثله.

ويدل على ما ذكرناه اجماع الصحابة فى قصة عبد الله بن جعفر حين قال عثمان رضى الله عنه: كيف أحجر على من شريكه الزبير، وانما قال هذا لأن الزبير ابن العوام رضى الله عنه كان معروفا ببصره فى التجارة، فدل على أن الحجر جائز عندهم بالإجماع.

وروى أن عائشة رضى الله عنها كانت تنفق نفقة كثيرة، فقال ابن الزبير

لتنتهين عائشة أو لأحجرن عليها . فبلغها ذلك فحلفت أن لا تكلمه ، فأتاها ابن الزبير واعتذر اليها فكفرت عن يمينها وكلمته ، فلم ينكر عليه أحد . ويقول : إن عائشة رضى الله عنها بالغة رشيدة ، فكيف يحجر عليها ؟ ولأن كل معنى لو قارن البلوغ منع من تسليم المال اليه فاذا طرأ بعد البلوغ اقتضى إعادة الحجر عليه كالجنون

(فرع) بعض الناس يكون شحيحا على نفسه جداً مع يساره وامتلائه فهل يحجر عليه ؟ فيه وجهان حكاهما الصيمرى ، الصحيح أنه لا يحجر عليه

(فرع) أما فى حالة التبذير والإسراف إذا صار ذلك منه بعد فك الحجر عنه فانه لا يعيد الحجر عليه إلا الحاكم . وبه قال أبو يوسف . وقال محمد : يصير بذلك محجورا عليه ، وهو قول بعض اصحابنا الخراسانيين

دليلنا أن علياً رضى الله عنه سأل عثمان رضى الله عنه أن يحجر على عبد الله ابن جعفر بن أبى طالب ، فدل على أنه لا يصير محجوراً عليه إلا بالحاكم ، ولأن الحجر بالتبذير مختلف فيه فافتقر إلى الحاكم ، كالطلاق بالعنة لا يثبت الا بالحاكم لموضع الاختلاف فيه ، فإذا حجر عليه لم ينظر فى ماله إلا الحاكم ، لأنه حجر ثبت بالحاكم فكان هو الناظر فيه كالحجر على المفلس

ويستحب أن يشهر الحاكم على ذلك ، فيشهر هذا الحجر بوسائل الإشهار العرفية حسب كل زمان ومكان ، ففى القرى مثلا أو فى البلاد المتبدية يكون بالمنادى أو الإعلان الملصق ؛ وفى المدن الكبرى يكون بالنشر فى الصحف المقروءة ، حتى لا يغتر الناس بمعاملته

(فرع) فإذا باع أو اشترى بعد الحجر كان ذلك باطلا ، فان حصل له فى يد غيره مال استرجعه الحاكم منه إن كان باقياً ، أو استرجع بدله ان كان تالفا . وان حصل فى يد المحجور عليه مال لغيره ببيع أو غيره استرده الحاكم منه ورد على مالكه ، وان باعه غيره شيئا أو أقرضه إياه ، ثم تلف فى يده أو أتلفه فانه لا يجب عليه ضمانه ، سواء علم بحجره أو لم يعلم ، لأنه ان علم بحجره فقد دخل على بصيرة ، وان لم يعلم بحاله فقد قصر وفرط حيث بايع من لا يعلم حاله ، ولا يلزمه إذا فك عنه الحجر ، لأن الحجر عليه لحفظ ماله ، فلو ألزمناه ذلك بعد الحجر لبطل معنى الحجر ، وهذا فى ظاهر الحكم ، وهل يلزمه ضمانه فيما بينه وبين

الله تعالى ؟ فيه وجهان حكاهما فى الافصاح (أحدهما) يلزمه ذلك . وبه قال الصيدلانى والعمرانى ، لأن الحجر لا يبيح له مال غيره

(والثانى) لا يلزمه . قال فى الإفصاح : وهو الاصح ، وان غصب فى يده عينا فتلفت فى يده أو أتلفها فى يده أو يد مالكها وجب عليه ضمانها ، لأن السفيه أحسن حالا من الصبى والمجنون لأنه مكلف ، لأنه ثبت أن الصبى والمجنون اذا أتلفا على غيرهما مالا وجب عليهما الضمان ، فكذلك هذا مثله

وان أودعه رجل عينا فأتلفها ، فهل يجب عليه الضمان . فيه وجهان

(أحدهما) لا يجب عليه ضمانها لأن صاحبها عرضها للإتلاف بتسليمها اليه

(والثانى) يجب عليه الضمان لأن مالكها لم يرض بإتلافها، لأن غير المحجور عليه لا يلزمه ذلك فالمحجور عليه أولى .

وإن أقر لغيره بعين فى يده أو دين فى ذمته لم يلزمه ذلك فى الحال ، ولا بعد فك الحجر ، لأنا لو قبلنا إقراره لبطلت فائدة الحجر ، والحجر يقتضى حفظ ماله .

(فرع) وان طلق السفيه أو خالع صح طلاقه وخلعه ، الا أن المرأة لا تسلم المال اليه ؛ بل تسلم إلى وليه ، فان سلمته اليه فتلف فى يده أو أتلفه وجب عليها الضمان كما قلنا فى البيع .

ولو أذن ولى السفيه للمرأة بتسليم المال الى السفيه فسلمته اليه فهل تبرأ . فيه وجهان (أحدهما) تبرأ كما لو سلمت المرأة المال الى العبد باذن سيده (والثانى) لا تبرأ لأنه ليس من أهل القبض . هذا مذهبنا وبه قال عامة أهل العلم

وقال ابن أبى ليلى والنخعى وأبو يوسف : لا يصح طلاقه وخلعه

دليلنا قوله تعالى «الطلاق مرتان ، فإمساك بمعروف أو تسريح باحسان» ولم يفرق بين السفيه وغيره . ولأنه يستفيد بالطلاق ، فانه ان كان قبل الدخول رجع اليه نصف المهر ، وان كان بعد الدخول سقطت عنه النفقة والكسوة والمصالح . ويحصل له ذلك بالخلع وما بذلت له

(فرع) ولا يصح نكاحه بغير اذن الولى لأن النكاح يتضمن وجوب المال

فلم يصح بغير إذن الولى ، وإن احتاج إلى النكاح فالولى بالخيار إن شاء زوجه بنفسه وتولى العقد ، وإن شاء أذن له ليعقد بنفسه ، لأنه عامل مكلف ، وإنما حجر عليه لحفظ ماله بخلاف الصبى

وإن تزوج السفيه بغير إذن الولى ودخل بها فما الذى يلزمه ؟ قال المسعودى فيه ثلاثة أقوال (أحدها) لا يلزمه شىء كما لو اشترى شيئا بغير إذن وليه وأتلفه (والثانى) يلزمه مهر المثل ، كما لو جنى على غيره (والثالث) يلزمه أقل شىء يستباح به البضع لأن البضع لا يستباح بالإباحة . وأما البغداديون من أصحابنا فقالوا : هى على وجهين (أحدهما) لا يلزمه شىء (والثانى) يلزمه مهر المثل .

(فرع) وإن أذن الولى فى البيع والشراء فباع أو اشترى فهل يصح . فيه وجهان (أحدهما) يصح كما يصح النكاح إذا أذن له فيه (والثانى) لا يصح لأن البيع والشراء يختلف حكمه ساعة فساعة ، لأنه قد يزيد سعر السوق وينقص ؛ فافتقر إلى عقد الولى ، ولأن البيع والشراء يتضمن المال لا غير . وهو محجور عليه فى المال بخلاف النكاح .

(فرع) وإن حلف انعقدت يمينه ، فإن حنث كفر بالصوم ، ولا يكفر بالمال لأنه محجور عليه فى المال ، وإن أحرم بالحج صح إحرامه لأنه من أهل التكليف فإن كان فرضاً لم يمنع من اتمامه وأنفق عليه من ماله ما يحتاج اليه ، وان كان متطوعا — فان كان نفقته على إتمامه لا تزيد على نفقة الحضر — لم يجز تحليله ، وان كانت تزيد على نفقة الحضر ، فان كان له كسب وقال أنا أتمم النفقة بالكسب لم يحلل ، وان لم يكن له كسب حلله الولى ويصير كالمحصر ، فيتحلل بالصوم دون الهدى لأنه محجور عليه فى المال فأشبه المفلس فى هذه الامور كلها . وبهذا قال أصحاب أحمد رضى الله عنه

(فرع) وان أقر بنسب يلحقه فى الظاهر ثبت النسب ، لأن ذلك لا يتضمن اتلاف المال . وان أقر بنسب من يلزمه نفقته لم ينفق عليه من ماله بل ينفق عليه من بيت المال ، وان وجب له القصاص فله أن يقبض لأن الغرض منه التشفى ، وان عفا عنه على مال كان الأمر له . وان عفا مطلقا أو على غير مال . فان قلنا

ان الواجب القصاص لا غير صح عفوه . وان قلنا ان الواجب أحد الامرين لم يصح عفوه عن المال

وان أقر بجناية العمد صح اقراره لأنه غير متهم فى ذلك ، فان أراد المقر له العفو على المال . قال الطبرى : فان قلنا ان موجب العمد القود ثبت المال . لأن الذى ثبت باقراره هو القتل والقطع دون المال . وان قلنا ان موجبه أحد الامرين فهل يثبت .

اختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال : فيه قولان كالعبد اذا أقر بالسرقة فانه يقبل فى القطع ، وهل يقبل فى المال ، فيه قولان . ومنهم من قال : له أخذ المال قولا واحدا ، لأن الواجب أحدهما لا بعينه ، وكل واحد منهما بدل عن الآخر ، وتعلقهما بسبب واحد . وأما السرقة ففيها حكمان (أحدهما) القطع لله تعالى لأنه حق الله تبارك وتعالى ، والاخر للآدمى لجاز ثبوت أحدهما دون الاخر . ولهذا لو شهد رجل وامرأتان على السرقة ثبت المال دون القطع : ولو شهدا على القطع لم يثبتا .

وان دبر السفيه أوصى - على ما سنفصله ان شاء الله فى أحكام المدبر - فاختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال فيه قولان كالصبى ، ومنهم من قال : يصح قولا واحدا قال الطبرى وهو الصحيح : لأن الصغير لاحكم لقوله ولا يصح شىء من اقراره بخلاف السفيه فانه يصح اقراره بالنسب

(فرع) المرتد اذا قلنا ان ملكيته باقية على ماله فانه محجور عليه ، وهل يفتقر الى حجر الحاكم ، فيه قولان . واذا زال السفه فانه لا ينفك الحجر عنه الا بحكم الحاكم ، لأنه حجر ثبت بالحاكم فلم يزل من غير حكمه . والله تعالى أعلم وهو الموفق للصواب .

قال المصنف رحمه الله :

كتاب الصلح

إذا كان لرجل عند رجل عين فى يده ، أو دين فى ذمته ، جاز أن يصالح منه والدليل عليه ما روى أبو هريرة رضى الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « المسلمون على شروطهم ، والصلح جائز بين المسلمين » فإن صالح عن المال على مال ، فهو بيع يثبت فيه مايثبت فى البيع من الخيار ، ويحرم فيه ما يحرم فى البيع من الغرر ، والجهالة ، والربا ، ويفسد بما يفسد به البيع من الشروط الفاسدة ، لأنه باع ماله بمال ، فكان حكمه حكم البيع فيما ذكرناه ، وإن صالحه من دين على دين وتفرقا قبل القبض لم يصح ، لأنه بيع دين بدين تفرقا فيه قبل القبض . فإن صالحه من دين على عين ، وتفرقا قبل القبض ، ففيه وجهان .

أحدهما : لا يصح ، لانهما تفرقا والعوض والمعوض فى ضمان واحد ، فأشبه إذا تفرقا عن دين بدين .

والثانى : يصح ، لأنه بيع عين بدين فصار كبيع العين بالثمن فى الذمه ، وان صالح عن المال على منفعه فهو إجارة يثبت فيه ما يثبت فى الاجارة من الخيار . ويبطل بما تبطل به الاجارة من الجهالة . لانه استأجر منفعة بالمال فكان حكمه فيما ذكرناه حكم الاجارة .

﴿ فصل ﴾ وإن صالح من دار على نصفها ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح ، لانه ابتاع ماله بماله (والثانى) يصح ، لانه لما عقد بلفظ الصلح صار كأنه وهب النصف وأخذ النصف وإن صالحه من الدار على سكناها سنة ففيه وجهان . (أحدهما) لا يصح ، لانه ابتاع داره بمنفعتها (والثانى) يصح ، لانه لما عقد بلفظ الصلح صار كالو أخذ الدار وأعاره سكناها سنة وإن صالحه من ألف درهم على خمسمائة ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح ، لانه بيع ألف بخمسمائة (والثانى) أنه يصح لانه لما عقد بلفظ الصلح جعل كأنه قال أبرأتك من خمسمائة وأعطنى خمسمائة .

(الشرح) حديث أبي هريرة أخرجه أبو داود والحاكم من طريق كثير بن زيد عن الوليد بن رباح عن أبي هريرة . قال الحاكم : على شرطهما وصححه ابن حبان ، ورواه الترمذي وحسنه بزيادة « المسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراماً » عن عمرو بن عوف وقال الترمذي : هذا حديث حسن صحيح . ورواه أبو داود وابن ماجه والترمذي أيضاً عن عمرو بن عوف بلفظ « أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالا أو أحل حراما » وأخرجه الحاكم وابن حبان في إسناده عند هؤلاء جميعا كثير ابن عبدالله بن عمرو بن عوف عن أبيه وهو ضعيف جداً قال فيه الشافعي وأبو داود هو ركن من أركان الكذب ، وقال النسائي : ليس بثقة . وقال ابن حبان : له عن أبيه عن جده نسخة موضوعة ، وتركه أحمد ، وقد نوقش الترمذي في تصحيحه لهذا الحديث . قال الذهبي : فروى من حديثه « الصلح جائز بين المسلمين » وصححه فلهذا لا يعتمد العلماء على تصحيحه .

وقال ابن كثير في إرشاده : قد نوقش أبو عيسى الترمذي في تصحيحه هذا الحديث وما شاكله اه .

وقد اعتذر له الحافظ ابن حجر العسقلاني فقال في بلوغ المرام : وكأنه اعتبره بكثرة طرقه ، وقد صححه ابن حبان من طريق أبي هريرة ، وقال في الفتح : وكأنه اعتبره بكثرة طرقه ، وذلك لأنه رواه أبو داود والحاكم من طريق كثير بن زيد عن الوليد بن رباح عن أبي هريرة اه .

وأخرجه أيضا الحاكم من طريق أنس ، وأخرجه أيضا من حديث عائشة ، وكذلك الدارقطني .

وأخرجه أحمد من حديث سليمان بن بلال عن العلاء عن أبيه عن أبي هريرة وأخرجه ابن أبي شيبة عن عطاء مرسلا وأخرجه البيهقي موقوفا على عمر كتبه إلى أبي موسى الأشعري ، وقد صرح الحافظ ابن حجر بأن إسناد حديث أنس وإسناد حديث عائشة واهيان ، وضعف ابن حزم حديث أبي هريرة الذي ساقه المصنف ، وكذلك ضعفه عبد الحق .

وقد روى من طريق عبد الله بن الحسين المصيصي وهو ثقة ، وكثير بن زيد المذكور ، قال أبو زرعة صدوق ، ووثقه ابن معين ، والوليد بن رباح صدوق أيضا ، ولا يخفى أن الاحاديث المذكورة : والطرق يشهد بعضها لبعض . قال الشوكاني : فأقل أحوالها أن يكون المتن الذي اجتمعت عليه حسنا .

أما لغات الفصل : فالصلح هو التوفيق ، ومنه صلح الحديبية ، والصلاح هو الخير والصواب وصالح للأمر أي له أهلية القيام به . وفي الدين أقسام : صلح المسلم مع الكافر . والصلح بين الزوجين . والصلح بين الفئتين الباغية والعادلة . والصلح بين المتقاضين . والصلح في الجراح كالعفو على المال . والصلح لقطع الخصومة إذا وقعت المزاحمة إما في الاملاك أو في المشتركات وهذا الصلح الاخير هو الذي يتكلم فيه أصحابنا من أهل الفروع .

أما الاحكام : فإن الاصل في جواز الصلح الكتاب والسنة والاجماع .

أما الكتاب فقوله تعالى « وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما الاية » فأمر الله تعالى بالصلح بين المؤمنين . وقوله تعالى « وان إمرأة خافت من بعلها نشوزا أو إعراضا فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحا ، والصلح خير » وقوله تعالى « وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما » فدلت هذه الايات على جواز الصلح .

أما السنة فقد روى البخاري وأحمد والترمذي وصححه عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من كانت عنده مظلمة لأخيه من عرضه أو شيء فليتحلل منه اليوم قبل أن لا يكون دينار ولا درهم ان كان له عمل صالح أخذ منه بقدر مظلمته . وان لم تكن له حسنات أخذ من سيئات صاحبه فحمل عليه » لفظ البخاري هكذا أما الاخران فقالا فيه « مظلمة من مال أو عرض »

وحديث أبي هريرة الذي ساقه المصنف وأحاديث أخرى تأتي في فصول الصلح الاتية ان شاء الله تعالى .

وأما الاجماع فإن الامة أجمعت على جوازه .

اذا ثبت هذا : فإن الصلح فرع على غيره ، وهو ينقسم على خمسة أقسام :

قسم هو فرع على البيع ، وهو أن يدعى عليه عيناً فى يده فيقر له بها فيصالحه من ذلك على عين أو دين ، فهذا حكمه حكم ما لو اشترى منه عينا بعين أخرى أو بدين، فيعتبر فيه ما يعتبر فى البيع من الربا . ويبطل بما يبطل فيه البيع من الغرر وثبت فيه ما ثبت فى البيع من الخيار ، لأن ذلك مع تلفظ الصلح

وإن ادعى عليه ديناً فى ذمته فأقر له به ثم صالحه منه على ذمته وتفرقا قبل القبض لم يصح الصلح ، كما لا يصح فى بيع الدين بالدين ، وإن صالحه منه على عين وقبض العين قبل التفرق صح الصلح — إذا كان الدين مما يصح أخذ العوض عنه وإن افترقا عن المجلس قبل قبض العين فهل يصح ؟ فيه وجهان

(أحدهما) لا يصح لأنهما افترقا والعوض فى ضمان واحد فلم يصح ، كما لو صالحه من دين على دين و تفرقا قبل القبض

(والثانى) يصح كما يصح فى بيع العين بالدين

القسم الثانى : صلح هو فرع على الإجارة ، وهو أن يدعى عليه عينا فى يده أو دينا فى ذمته فيقر له به ، ثم يصالحه من ذلك على سكنى داره شهراً . أو استعمال سيارته مدة معلومة : ويملك المقر ما ادعى عليه به ، ويملك المقر له منفعة الدار والسيارة ، كما لو استأجر منه ذلك ، ويشترط فيه مايشترط فى الاجارة على ما يأتى بيانه فى موضعه إن شاء الله تعالى .

القسم الثالث : صلح هو فرع على الإبراء والحطيطة . وهو أن يدعى عليه ألفا فى ذمته فيقر له بها فيصالحه على بعضها . قال الشيخ أبو حامد : فهذا ينقسم قسمين (أحدهما) أن يقول الذى عليه الحق لمن له الحق : أدفع اليك خمسمائة بشرط أن تسقط عنى الخمسمائة الآخرى ، أو يقول صاحب الحق : ادفع الىّ خمسمائة على أن أسقط عنك الخمسمائة الأخرى . فهذا لا يجوز ، فإذا فعلا ذلك كان باطلا ، وكان لصاحب الالف المقر له أن يطالب بالخمسمائة الاخرى ، لأنه دفع اليه بعض حقه وشرط شرطا لا يلزمه ، فسقط الشرط ، ووجب الألف بالإقرار (والثانى) أن يقول أدفع اليك خمسمائة وأبرئنى من خمسمائة ، أو يقول الذى له الحق : ادفع إلىّ خمسمائة فقد أبرأتك من الخمسمائة الاخرى ، فإن هذا

يجوز ، إذ لم يدخل فيه حرف الشرط . وهو قوله على أن تبرئنى ، أو بشرط أن تبرئنى ، لأنه كان له حق فأخذ بعضه وأبرأ من البعض . اه

وقد قال المصنف : وإن صالحه من ألف على خمسمائة ففيه وجهان .

(أحدهما) لا يصح كما لو باع ألفاً بخمسمائة (والثانى) يصح لأنه لما عقد بلفظ الصلح صار كأنه قال أبرأتك من خمسمائة وأعطنى خمسمائة .

وقال المسعودى : اذا ادعى عليه ألف درهم حالة فأقر له بها ثم صالحه على خمسمائة مؤجلة صح الصلح ولا يلزم الاجل . وان ادعى عليه ألف درهم مؤجلة فأقر له بها ثم صالحه عنها على خمسمائة حالة لم يصح ، لأنه جعل الخمسمائة التى تركها عوضاً للحلول . وذلك لا يجوز أخذ العوض عليه .

وإن ادعى عليه ألف درهم صحاحا فأقر له بها ثم صالحه على خمسمائة مكسرة قال المسعودى : صح الصلح ، ولا يلزمه أخذ المكسرة ، بل يجب له خمسمائة صحاح ، لأن الصحة صفة فلا يصح الإبراء منها . اه

القسم الرابع : صلح هو فرع على الهبة ، وهو أن يدعى عليه دارا فيقر بها. فقال المقر : أدفع اليك نصفها ووهبتك النصف الاخر صحت الهبة ، لأنها مجردة غير معلقة على شرط ، وان كان بلفظ الصلح بأن قال المقر للمقر له : صالحنى من هذه الدار بنصفها فذكر المصنف أنها على وجهين (أحدهما) لا يصح ، لأنه باع ماله بماله (والثانى) ولم يذكر ابن الصباغ غيره أنه يصح ، لأنه لما عقد بلفظ الصلح صار كما لو قال : ادفع الىّ نصفها ووهبتك النصف الثانى

القسم الخامس : صلح هو فرع على العارية بأن يدعى عليه داراً فى يده فأقر له بها ، ثم قال المقر له للمقر : صالحنى عن هذه الدار بسكناها سنة ، فقال المقر صالحتك ؛ صح الصلح ، ويكون كأن المقر له أعار المقر أن يسكنها سنة . قال المسعودى ، وللمقر له أن يرجع فى عاريته ، وذكر المصنف أنها على وجهين . (أحدها) هذا (والثانى) لا يصح لأنه ابتاع داره بمنفعتها

(فرع) قال الشافعى رضى الله عنه : فإن صالح الرجل أخاه من موروثه ، فإن عرفا ما صالحه عليه بشىء يجوز فى البيع جاز . وهذا كما قال اذا ورث اثنان

من ابنهما أو أخيهما مالا فصالح أحدهما الآخر عن نصيبه ، فإن هذا فرع للبيع ، فإذا شاهد التركة وعرف العوض صح الصلح كما لو اشتراه بلفظ الشراء

(فرع) وإن صالحه عن الدراهم على دنانير أو على الدنانير على دراهم . فإن ذلك صرف ، ويشترط فيه قبض العوض فى المجلس كما قلنا فى الصرف .

(فرع) إذا أتلف عليه ثوباً أو حيوانا قيمته دينار فأقر له به ، ثم صالحه من ذلك على أكثر منه ، لم يصح الصلح

دليلنا أن الواجب فى ذمته قيمة المتلف فلم يصح الصلح على أكثر منه ، كما لو غصب منه ديناراً ثم صالحه على أكثر منه ، وإن صالحه عن قيمة الحيوان بعوض وجعله مؤجلا لم يتأجل العوض ولم يصح الصلح . وقال أبو حنيفة يصح

دليلنا أن الواجب هو دين حال فى ذمته ، فإذا كان العوض عنه مؤجلا كان بيع الدين بالدين . وذلك لا يجوز

وإن ادعى عليه مالا مجهولا فأقر له به وصالحه عليه بعوض لم يصح الصلح . وقال أبو حنيفة « يصح »

دليلنا : أن ذلك معاوضة . ولهذا ثبت بالشقص فيه الشفعة ، فلم يصح فى المجهول كالبيع .

قال الشافعى رضى الله عنه « إذا ادعى على رجل شيئا مجملا فأقر له به ثم صالحه منه على شيء صح الصلح » قال الشيخ أبو حامد أراد إذا كان المعقود عليه معلوما فيما بين المتعاقدين فيصح وإن لم يسمياه ، كما اذا قال بعت منك الشيء الذى أعرفه أنا وأنت بكذا ، فقال ابتعت فإنه يصح والله تعالى أعلم

وقد أجمل الخرقى من الحنابلة الصلح الجائز عندهم بقوله والصلح الذى يجوز هو أن يكون المدعى حق لا يعلمه المدعى عليه فيصطلحان على بعضه ، فإن كان يعلم ما عليه فجحده فالصلح باطل . اه . وبهذا قال مالك وأبو حنيفة والثورى أن الصلح على الانكار صحيح ، ولكن الشافعى قال لا يصح لأنه عاوض على مالم يثبت له ، فلم تصح المعاوضة كما لو باع مال غيره ، ولأنه عقد معاوضة خلا عن العوض فى أحد جانبيه ، فبطل كالصلح على حد القذف

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن ادعى عليه عينا فى يده أو دينا فى ذمته فأنكر المدعى عليه فصالحه منه على عوض لم يصح الصلح ، لأن المدعى اعتاض عما لا يملكه فصار كمن باع مال غيره . والمدعى عليه عاوض على ملكه ، فصار كمن ابتاع مال نفسه من وكيله .

فان جاء أجنبى إلى المدعى وصدقه على ما ادعاه وقال صالحنى منه على مال لم يخل إما أن يكون المدعى عينا أو دينا ، فان كان دينا نظرت فإن صالحه عن المدعى عليه صح الصلح ، لأنه إن كان قد وكله المدعى عليه فقد قضى دينه باذنه ، وان لم يوكله فقد قضى دينه بغير إذنه . وذلك يجوز

فان صالحه عن نفسه وقال : صالحنى عن هذا الدين ليكون لى فى ذمة المدعى عليه ، ففيه وجهان بناء على الوجهين فى بيع الدين من غير من عليه

(أحدهما) لا يصح ، لأنه لا يقدر على تسليم ما فى ذمة المدعى عليه

(والثانى) يصح كما لو اشترى وديعة فى يد غيره ، وان كان المدعى عينا ، فان صالحه عن المدعى عليه وقال : قد أقر لك فى الباطن ووكلنى فى مصالحتك ، فصدقه المدعى صح الصلح ، لأن الاعتبار بالمتعاقدين وقد اتفقا على ما يجوز العقد عليه فجاز .

ثم ينظر فيه فان كان قد أذن له فى الصلح ملك المدعى عليه العين لأنه ابتاعه له وكيله ، وان لم يكن أذن له فى الصلح لم يملك المدعى عليه العين لأنه ابتاع له عينا بغير اذنه فلم يملكه .

ومن أصحابنا من قال يملكه ويصير هذا الصلح استنقاذاً لماله ، كما قال الشافعى رحمه الله فى رجل فى يده دار فجعلها مسجداً ، ثم ادعاها رجل فأنكر فاستنقذه الجيران من المدعى بغير اذن المدعى عليه أنه يجوز ذلك . وان صالحه لنفسه فقال أنا أعلم أنه لك فصالحنى فأنا أقدر على أخذه ، صح الصلح لأنه بمنزلة بيع المغصوب ممن يقدر على أخذه ، فان أخذه استقر الصلح ، وإن لم يقدر على أخذه فهو بالخيار بين أن يفسخ ويرجع الى ما دفع وبين أن يصبر إلى أن يقدر . كمن ابتاع عبداً فأبق قبل القبض .

﴿ الشرح ﴾ الأحكام : إذا ادعى عليه عيناً فى يده أو دينا فى ذمته فأنكره المدعى عليه ثم صالحه على عين أو دين فى ذمته لم يصح الصلح بلا خلاف على المذهب ، لأنه ابتاع ملكه ، وإن ادعى عليه ألف درهم فى ذمته ، فأنكره ، ثم صالحه على خمسمائة منها وقلنا : يصح صلح الحطيطه فهل يصح هذا الصلح ؟ فيه وجهان حكاهما فى الإبانة .

(أحدهما) لا يصح ، لانه صلح على الانكار فلم يصح ، كما لو ادعى عليه عينا فأنكره (والثانى) يصح ، والفرق بينهما أن فى صلح المعاوضة يحتاج إلى ثبوت العوضين برضى المتعاقدين وليس العين المدعى بها ثابتة للمدعى حتى يأخذ عليها عوضاً ، وههنا هو إبراء فلا يحتاج إلى رضاء صاحبه ، هذا مذهبنا ، وأن الصلح على الانكار لا يصح .

وقال ابن أبى ليلى : إن أنكره لم يصح الصلح ، وإن سكت صح الصلح .

دليلنا : قوله تعالى « لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل » والصلح على الانكار من أكل المال بالباطل ، لان من ادعى على غيره داراً فى يده فأنكر ذلك المدعى عليه ثم صالحه عنها بعوض فقد ابتاع ماله بماله ، وهذا لا يجوز ، وروى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لبلال بن الحارث « يا بلال اعلم أن الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما » .

وهذا المدعى لا يخلو إما أن يكون كاذباً أو صادقا ، فان كان كاذبا فهذا الصلح الذى يصالح به يحل له ما هو حرام عليه ، وإن كان صادقا فانه يستحق جميع ما يدعيه ، فاذا أخذ بعضه بالصلح فالصلح حرم عليه الباقى الذى كان حلالا له ، فوجب أن لا يجوز ، هكذا ذكر الشيخ أبو حامد ، ولان البيع لا يجوز مع الانكار وهو أن يدعى عينا فى يد غيره فينكره فيبيعها من غيره ، فان البيع لا يصح ، فكذلك الصلح .

اذا ثبت هذا : فادعى على رجل ألفا فى ذمته فأنكره عنها ، ثم ان المدعى أبرأه منها صحت البراءة ، وهل يشترط فى صحة البراءة القبول ؟ على وجهين يأتى ذكرهما فيما بعد ان شاء الله تعالى .

وانما صحت البراءة على الانكار لانها ليست بمعاوضه ، والذى جعل المالكية والحنفية والحنابلة يجيزون الصلح مع الانكار . ولا يفرقون بين الابراء والشرط قاعدتهم فى أن الصلح يبيح لكل واحد منهما ما كان محرما عليه قبله ، كالصلح بمعنى الهبة ، فانه يحل للموهوب له ما كان حراما عليه ، والاسقاط يحل له ترك أداء ما كان واجبا عليه ، وقالوا : ان هذا لا يدخل فى حديث « الا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا » لان الصلح الفاسد لايحل الحرام وانما معناه مايتوصل به الى تناول المحرم مع بقائه على تحريمه ، كما لو صالحه على استرقاق حر ، أو احلال بضع محرم ، أو صالحه بخمر أو خنزير ، وليس مانحن فيه كذلك .

قلت : فان ادعى عليه ألفا فى ذمته فأنكره عنها ثم صالحه على بعضها وقبض ذلك وأبرأه عن الحق الذى عليه . قال الشافعى رضى الله عنه : فالصلح باطل والابراء لا يلزم ، فأما الصلح فيبطل لانه صلح على انكار وعلى المصالح رد ما أخذه ، وأما البراءة فلا تلزمه لأنه انما ابرأه براءة قبض ، واستيفاء وهو أن يسلم له ما أخذه ، فاذا لم يسلم له ذلك لم تلزمه البراءة .

هذا اذا لم يعلم المدعى بفساد الصلح ، وأما اذا علم بفساد الصلح فأبرأ صحت براءته وهذا كما تقول فى رجل اشترى عبداً شراء فاسداً . فقال البائع للمشترى اعتق هذا العبد ؛ ولم يعلم البائع بفساد البيع فأعتقه — قال الشيخ أبو حامد : لم يصح العتق ، لان البائع لم يأمره باعتاقه عن نفسه ، وانما أمره أن يعتقه بظن أنه قد ملكه بالشراء ، وان علم البائع بفساد البيع فأمر المشترى باعتاقه فأعتقه صح العتق ، وان عليه ألفا فى ذمته فأقر له بها فصالحه عنها صلح حطيطة ، وأبرأه على خمسمائة فان قبض منها خمسمائة ، وأبرأه عن الباقى ثم خرجت الخمسمائة التى قبض مستحقة — قال الشيخ أبو حامد : فانه يرجع عليه بخمسمائة التى أخذها والابراء صحيح ، لأنه لم يبرئه ليسلم له ما قبض بل أبرأه عن حق هو مقر له به والابراء صادف حقه المقر به فنفذ ذلك وليس يتعلق بسلامة ماقبضه وعدم سلامته

(فرع) واذا ادعى عينا فصالحه منها على عوض ثم اختلفا فقال المدعى : انما صالحت منها على الانكار فالصلح باطل ، ولى الرجوع الى أصل الخصومة .

وقال المدعى عليه لا ، بل كنت أقررت لك بها ثم أنكرت ثم صالحت منها . قال الشيخ أبو حامد : فالقول قول المدعى لأن الأصل هو الصلح على الإنكار الذى قد عرف إلى أن تقوم البينة بإقراره لها قبل ذلك .

(فرع) وإن ادعى رجل على رجل حقا فأنكر فجاء أجنبي إلى المدعى وقال أنت صادق فى دعواك فصالحنى عليه - فلا يخلو إما أن يكون المدعى ديناً أو عينا ، فإن كان المدعى ديناً نظرت ، فإن صالحه عن المدعى عليه صح الصلح لأنه إن كان أذن له فى ذلك فهو وكيله والتوكيل فى الصلح جائز ، وإن لم يكن وكيله ولم يوكله المدعى عليه ، فقد قضى عن غيره ديناً ؛ ويجوز للإنسان أن يقضى عن غيره ديناً بغير إذنه ، فإذا أخذ المدعى المال ملكه وانقطعت دعواه .

وهل للأجنبى أن يرجع على المدعى عليه بما دفع ؟ ينظر فيه ، فإن صالح عنه بإذنه ودفع بإذنه رجع عليه ، وإن صالح عنه باذنه ، ودفع بغير إذنه لم يرجع عليه بشىء لأنه متطوع بالدفع .

وإن صالح الأجنبي ليكون الدين له ، فان الشيخ أبا إسحاق (المصنف) قال : هل يصح الصلح ؟ فيه وجهان بناء على جواز بيع الدين من غير من هو عليه ، وقال ابن الصباغ : لا يجوز وجهاً واحداً ، واليه أشار الشيخ أبو حامد ؛ لأن الوجهين فى بيع الدين مع الاقرار ، فأما مع الانكار فلا يصح وجها واحداً كبيع العين المغصوبة ممن لا يقدر على قبضها .

وقال أصحاب أحمد : وإن صالح عند المنكر أجنبي صح ، سواء اعترف للمدعى بصحة دعواه أو لم يعترف ، وسواء كان باذنه أو غير إذنه ، لأن عليا وأبا قتادة رضى الله عنهما قضيا عن الميت فأجازه النبى صلى الله عليه وسلم وقالوا وفى الموضعين - أعنى إن كان باذنه أو بغير إذنه - لم يرجع عليه بشىء ؛ لأنه أدى عنه مالا يلزمه أداؤه ، أما إذا أذن له بالأداء عنه رجع اليه ، وهذا كله كقولنا فى المذهب .

(قلت) وإن كان المدعى عينا ، فان صالح عن المدعى عليه بأن يقول للمدعى : المدعى عليه مقر لك بها فى الباطن ، وقد وكلنى فى مصالحتك فصالحه عنه صح الصلح ، لأن الاعتبار بالمتعاقدين ، وقد اتفقا على ما يجوز العقد عليه فاذا صالحه

ملك المدعى ما يأخذه وانقطع حقه من العـــين ، وهل يملك المدعى عليه العين المدعى بها ، ينظر فيه ، فإن كان قد وكل الأجنبي ملك العين ، فان كان الأجنبي قد دفع العوض من مال نفسه باذن المدعى عليه ، وإن دفع بغير إذنه لم يرجع عليه كالدين ، لأنه متطوع ، لأنه إنما أذن له فى العقد دون الدفع .

وإن كان المدعى عليه لم يوكل الأجنبى فى الصلح فهل يملك العين ؟ فيه وجهان المنصوص أنه لا يملكها . وحكى أبو على فى الإفصاح أنه يملكها كما قال الشافعى رضى الله عنه إذا اشترى رجل أرضاً وبناها مسجداً ؛ وجاء رجل فادعاها ، فان صدقه لزمه قيمتها ، وإن كذبه فجاء رجل من جيران المسجد فصالحه صح الصلح لأنه بذل مال على وجه البر . قال العمرانى فى البيان : وهذا ليس بصحيح لأنه لا يجوز أن يملك غيره بغير ولاية ولا وكالة ، قال : فعلى هذا يكون الصلح باطلا فى الباطن ، صحيحا فى الظاهر .

(قلت) وأما المسألة المذكورة فى المسجد فلا تشبه هذه ، لأن الواجب على المدعى عليه القيمة ، لأنه قد وقفها ، ويجوز الصلح عما فى ذمة غيره بغير إذنه كما سبق أن بينا ذلك .

وإن قال الأجنبي المدعى : المدعى عليه منكر لك ولكن صالحنى عما ادعيت لتكون العين له . فهل يصح الصلح ؟ قال المسعودى : فيه وجهان . وأما إذا قال الاجنبي : أنت صادق فى دعواك ، فصالحنى لتكون هذه العين إلى فانى قادر على انتزاعها فيصح الصلح كما يصح أن تبتاع شيئا فى يد غاصب . فان قدر الاجنبي على انتزاعها استقر الصلح ، وان لم يقدر كان له الخيار فى فسخ الصلح ، كمن ابتاع عينا فى يد غاصب ولم يقدر على انتزاعها .

اذا ثبت هذا : فان المدعى عليه قد وكل الاجنبي فى أن يصالح عنه ، فهل يصح هذا التوكيل وهذا الصلح فيما بينه وبين الله تعالى ؟ اختلف أصحابنا فيه ، فقال أبو العباس لا يجوز له الانكار لانه كاذب ، الا أنه يجوز له بعد ذلك أن يوكل ليصالح عنه على ما ذكرناه . قال المصنف : لا يجوز له ذلك بل يلزمه الاقرار به لصاحبه ، ولا يجوز له الوكالة لمصالحة عنه اذا غصب العـــين أو اشتراها من غاصب وهو يعلم ذلك .

فأما اذا مات أبوه أو من يرثه وخلف له هذه العين . فجاء رجل فادعاها وأنكره ولا يعلم صدقه وخاف من اليمين ، وخاف ان أقر بها المدعى أن يأخذها فيجوز أن يوكل الاجنبي في الصلح على ما بيناه ، لتزول عنه الشبهة .

(فرع) اذا صالح الأجنبي عن المدعى عليه بعوض بعينه ، فوجد المدعى بالعوض الذى قبضه من الاجنبي عيبا كان له الرد بالعيب ، ولا رجع ببدله عليه ولكن ينفسخ عقد الصلح ويرجع الى خصومة المدعى عليه ، وكذلك اذا خرج العوض مستحقا ، كما لو ابتاع من رجل عينا فوجد فيها عيبا فردها أو خرجت مستحقة ، فانه لا يطالبه ببدلها ، وان صالحه على دراهم أو دنانير في ذمته . قال العمراني : ثم سلم اليه دراهم أو دنانير فوجد بها عيبا فردها أو خرجت مستحقه فله أن يطالبه ببدلها كما قال النووى رضى الله عنه في البيع على مامضى في المجموع

(فرع) وان ادعى عينا في يد رجل فأنكره المدعى عليه ، فقال المدعى : أعطيك ألف درهم على أن تقر لى بها ففعل لم يكن صلحا ولا يلزم الالف ، وبذله حرام ، وأخذه حرام ، وهل يكون اقرارا ؟ فيه وجهان حكاهما الطبرى في العدة .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) اذا أقر المدعى عليه بالحق ثم أنكر جاز الصلح فان أنكر فصولح ثم أقر كان الصلح باطلا ، لأن الاقرار المتقدم لا يبطل بالانكار الحادث فيصح الصلح اذا أنكر بعد اقراره لوجوده بعد لزوم الحق ، ولم يصح الصلح اذا كان عقيب انكاره وقبل اقراره لوجوده قبل لزوم الحق .

(فصل) فلو أنكر الحق فقامت عليه البينة جاز الصلح عليه للزوم الحق بالبينة كلزومه بالاقرار لفظا ويقاس عليه ما لو نكل المدعى عليه فحلف المدعى من طريق الاولى ، اذ اليمين المردودة كالاقرار على أحد القولين .

(الشرح) اذا أقر المدعى عليه بالحق فقد لزم الحق فاذا أنكر جاز أن يعقدا عقد الصلح على ما مر من أمر المنكر ابتداء ؛ فاذا عقد الصلح بينهما بعد الانكار ثم أقر بأن ما ادعاه الاول كان الصلح باطلا لان الاقرار تقدم على الانكار

وكان الانكار حادثا ، فيصح الصلح إذا أنكر بعد الاقرار لحدوث الانكار بعد لزوم الحق ، ولأن الصلح على الاقرار هضم للحق ، ولأن الحق ثبت قبل إنكاره والصلح من بواعثه وأسبابه وقوع النزاع بالإنكار

(فرع) إذا أنكر المدعى عليه ثم قامت البينة فقد لزم الحق كلزومه بالاقرار ومن ثم يجوز الصلح ، ومثله لو نكل المدعى عليه عن اليمين لخلف المدعى فقد لزم الحق وثبت للمدعى . لأن اليمين المردودة كالاقرار وكالبينة ، ومن ثم جاز الصلح . والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ وإن ادعى عليه مالا وأنكره ، ثم قال صالحنى عنه لم يكن ذلك إقراراً له بالمال ، لأنه يحتمل أنه أراد قطع الخصومة ، فلم يجعل ذلك اقراراً ، فان قال بعنى ذلك ففيه وجهان .

(أحدهما) لا يجعل ذلك اقرارا . وهو قول الشيخ أبى حامد الاسفرايني ، لأن البيع والصلح واحد ، فاذا لم يكن الصلح اقرارا لم يكن البيع اقرارا

(والثانى) وهو قول شيخنا القاضى أبى الطيب أنه يجعل ذلك اقرارا لأن البيع تمليك ، والتمليك لا يصح الا ممن يملك

(الشرح) اذا ادعى على رجل دينا فى ذمته أو عينا فى يده فأنكره المدعى عليه ثم قال صالحنى عن ذلك بعوض لم يكن ذلك اقرارا من المدعى عليه : لأن الصلح قد يراد به المعاوضة وقد يراد به قطع الخصومة والدعوى ، فاذا كان الأمر يحتملهما لم نجعل ذلك اقرارا . وان قال المدعى عليه للمدعى بعنى هذه العين أو ملكنى اياها ، فحكى المصنف وابن الصباغ فى ذلك وجهين

(أحدهما) وهو قول الشيخ أبى حامد أنه لا يكون اقرارا لأن الصلح والبيع بمعنى واحد . فاذا لم يكن قوله صالحنى اقرارا ، فكذلك قوله بعنى

(والثانى) يكون اقرارا ، وهو قول القاضى أبى الطيب ، ولم يذكر الشيخ أبو حامد فى التعليق غيره . وهو قول أبى حنيفة رضى الله عنه . لأن قوله بعنى أو ملكنى يتضمن الاقرار له بالملك

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن أخرج جناحا الى طريق لم يخل ، اما أن يكون الطريق نافذاً أو غير نافذ ، فان كان الطريق نافذاً نظرت فان كان الجناح لا يضر بالمارة جاز ؛ ولم يعترض عليه . واختلفوا فى علته . فمن أصحابنا من قال يجوز ، لأنه ارتفاق بما لم يتعين عليه ملك أحد من غير اضرار فجاز كالمشى فى الطريق . ومنهم من قال يجوز لأن الهواء تابع للقرار ، فلما ملك الارتفاق بالطريق من غير اضرار ملك الارتفاق بالهواء من غير اضرار ، فإن وقع الجناح أو نقضه وبادر من يحاذيه ؛ فأخرج جناحا يمنع من اعادة الجناح الأول جاز ، لأن الأول ثبت له الارتفاق بالسبق الى اخراج الجناح ، فإذا زال الجناح جاز لغيره أن يرتفق ، كما لو قعد فى طريق واسع ثم انتقل عنه

(الشرح) قوله « جناحا » فعله جنح أى مال ، وبابه خضع ودخل والجوانح الاضلاع التى تحت الترائب ، وجناح الطائر يده . وقد شبه به البناء الناتىء البارز من جدار البيت معلقاً فى الهواء .

أما الأحكام : فانه اذا أخرج جناحا أو روشنا ، وهو نافذة تشبه الشرفة (أو البلكونة) الى شارع نافذ نظرت فان كان لا يضر بالمسلمين جاز ولم يمنع من ذلك . وبه قال مالك والاوزاعى وأحمد واسحاق وأبو يوسف ومحمد . وقال أبو حنيفة : له اخراجه الى أن يمنعه المسلمون أو واحد منهم ؛ فاذا منعه واحد من المسلمين لم يجز له اخراجه ، فان أخرجه أزيل أو قلع

دليلنا ما روى أن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضى الله عنه مر بميزاب للعباس رضى الله عنه فقطر عليه فأمر بقلعه ؛ فخرج اليه العباس رضى الله عنه فقال له : خلعت ميزاباً ركبه رسول الله صلى الله عليه وسلم بيده ، فقال عمر : والله لا يصعد من ينصبه الا على ظهرى ، فصعد العباس على ظهره ونصبه . فاذا ثبت هذا فى الميزاب ثبت فى الروشن مثله ، لأن الميزاب خشبة واحدة ـ على عهدهم أو قضيب مجوف على عهدنا ـ أما الروشن أو الجناح فهو بناء متكامل

مركب من قطع كثيرة ، فاشغاله الحيز أكبر من الميزاب لاشك فيه ولا فرق بين ولأن الناس يخرجون الرواشن من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير انكار . اللهم الا ماتحتمه قواعد النظام الذى تأخذ بأسبابه مؤسسات الاسكان والمجالس البلدية فى المدن والحواضر فى عصرنا هذا الذى يجعل للجناح المتعارض أو البارز من البيت تناسبا مع اتساع الشارع ، فان كان الشارع عريضا أو كان ميدانا فسيحا سمح لصاحب البناء من واقع الرسم المرخص به أن يكون الجناح أو الروشن مترا ونصف المتر ، وان كان الشارع ضيقا كان البروز أقل ؛ وذلك حتى يتسنى للناس ممارسة شئونهم وانتقالاتهم بأسباب الانتقال الكهربية أو البخارية أو غيرها بدون أن تعترضهم الرواشن والشرفات فتعيق مصالحهم .

فدل ذلك كله على أن الاجماع منعقد على جواز ذلك فى الحدود والصفات التى يرسم بها الامام أو الحاكم ، ولأنه ارتفاق بما لم يتعين عليه ملك أحد من غير اضرار فجاز ، كما لو مشى فى الطريق

قال العمرانى فى البيان : اذا أخرج جناحا أو روشنا فى شارع نافذ فانه لا يملك ذلك المكان وانما يكون أحق به لسبقه اليه ، فان انهدم روشنه أو هدمه فبادره من يحاذيه فمد خشبة تمنعه من اعادة الاول لم يكن للأول منعه من ذلك ، لان الاول كان أحق به لسبقه اليه ، فاذا زال روشنه سقط حقه وكان لمن سبق اليه ، كما نقول فى المرور بالطريق . ثم قال : وان أخرج من يحاذيه روشنا تحت روشنه الاول جاز ولم يكن الأول منعه من ذلك ، لأنه لا ضرر عليه فى ذلك فان أراد الثانى أن يخرج روشنا فوق روشن الأول قال ابن الصباغ : فان كان الثانى عاليا لا يضر بالمار فوق روشن الأول جاز ، وان كان يضر بالمار فوق روشن الأول منع من ذلك ، كما لو اخرج روشنا يضر بالمار فى الشارع ، فانه يمنع من ذلك . اه

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) فان صالحه الامام عن الجناح على شىء لم يصح الصلح لمعنيين : (أحدهما) أن الهواء تابع للقرار فى العقد فلا يفرد بالعقد كالحمل (والثانى) أن

ذلك حق له فلا يجوز أن يؤخذ منه عوض على حقه كالاجتياز فى الطريق ، وإن كان الجناح يضر بالمارة لم يجز . وإذا أخرجه وجب نقضه ، لقوله صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار » ولأنه يضر بالمارة فى طريقهم فلم يجز كالقعود فى المضيق ، وإن صالحه الامام من ذلك على شىء لم يجز لمعنيين (أحدهما) أن الهواء تابع للقرار فلا يفرد بالعقد (والثانى) أن ما منع منه الإضرار بالناس لم يجز بعوض كالقعود فى المضيق والبناء فى الطريق

(الشرح) حديث « لا ضرر ولا ضرار » رواه أحمد فى مسنده وابن ماجه عن ابن عباس رضى الله عنه ، وأخرجه أيضا ابن ماجه من حديث عبادة بن الصامت رضى الله عنه ، وقد مضى شرحنا له

أما الأحكام : فإنه إذا صالحه الإمام على هذا الجناح الذى لا يضر بعوض أو برسم من المال يؤديه لينفق من هذا ومثله على تعبيد الطرق ورصف الشوارع ، وتيسير الارتفاق على المسلمين فإنه يجوز ذلك ، أما إذا صالحه الامام أو أحد المسلمين على مال يؤديه بدون ذلك لم يجز أن يؤخذ عليه عوض لأن الهواء تابع للقرار ، كما لا يجوز أن يؤخذ منه عوض على المرور فى الطريق ، إلا اذا كان يمر فى طريق غير مسموح بالمرور فيه فى وقت تنظيم المرور لما يؤدى هذا إلى الاضرار به أو بغيره بأن كان يركب سيارة تسير بسرعة زائدة عن الحد المعقول أو المعتاد فى شوارع تزدحم بالمارة ووقع الحاكم عليه عقوبة المخالفة حتى لا يعود إلى تعريض سلامته وسلامة غيره للأضرار أو المخاطر فإن ذلك يجوز ، لقوله صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار »

(فرع) وإن اراد إخراج روشن أو جناح الى شارع نافذ يضر بالمار منه لم يجز ؛ فان فعل ذلك أزيل للحديث الشريف ، وليس له الانتفاع بالعرصة . وهى ما أمام بيته بما فيه ضرر على المسلمين ، بأن يبنى فيها دكة أو يتخذ منها مجلسا له يشغل طريق المارة ويعيقهم فيؤذيهم بذلك ، وكذلك ليس له الانتفاع بالهواء بما يضر به عليهم ، فإن صالحه الامام أو بعض الرعية على ذلك بعوض لم يصح الصلح لأنه افراد الهواء بالعقد ، ولأن فى ذلك اضرار بالمسلمين ، وليس للإمام أن يفعل ما فيه الحاق الضرر بهم ، هكذا قال العمرانى فى البيان

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ويرجع فيما يضر وفيما لا يضر الى حال الطريق ، فان كان الطريق لا تمر فيه القوافل ، ولا تجوز فيه الفوارس ، لم يجز اخراج الجناح الا بحيث يمر الماشي تحته منتصبا ، لأن الضرر يزول بهذا القدر ، ولا يزول بما دونه ؛ وان كان الطريق تمر فيه القوافل وتجوز فيه الفوارس ، لم يجز الا عالياً بمقدار ما تمر العمارية تحته ، ويمر الراكب منتصبا .

وقال أبو عبيد بن حربويه : لا يجوز حتى يكون عاليا يمر الراكب ورمحه منصوب ، لأنه ربما ازدحم الفرسان فيحتاج الى نصب الرماح ، ومتى لم ينصبوا تأذى الناس بالرماح ، والأول هو المذهب : لأنهم يمكنهم ان يضعوا أطرافها على الأكتاف غير منصوبة فلا يتأذوا

(الشرح) الاحكام : وأما كيفية الضرر ، فان ذلك معتبر بالعادة فى ذلك الشارع ، فان كان شارعا لا تمر فيه القوافل والجيوش والركبان أو الترولي أو الترام فيشترط أن يكون الجناح عاليا بحيث يمر الماشي تحته منتصبا ، فان كان الشارع تمر فيه الجيوش أو القوافل أو الركبان أو المركبات الكهربية والبخارية اشترط أن يكون الجناح أعلى بحيث يمر الركبان فى السكة بدون عوائق تصطدم بسطح المركبات .

وقال أبو عبيد بن حربويه : يشترط أن يمر الفارس تحته ورمحه منصوب بيده لأن الفرسان قد يزدحمون فيحتاجون الى نصب الرماح . قال المصنف رداً على ابن حربويه ما يفيد أن هذا ليس بصحيح لأنه يمكنه ان يحط رمحه على كتفه . ولأن الرمح لا غاية لطوله .

قوله « العمارية » من وسائل الهجوم فى الجيوش الاسلامية فى عصر المصنف وهى أشبه بعربة تجرها الجياد مصنوعة من الخشب السميك ومصفحة بالفولاذ يتترس بها المهاجرون . وقد ترتفع الى حد يتسلق منها المقاتلون الى أسوار الحصون . والعمارة القبيلة .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ وإن أخرج جناحا إلى دار جاره من غير إذنه لم يجز . واختلف أصحابنا فى تعليله ، فمنهم من قال لا يجوز لأنه ارتفاق بما تعين مالكه فلم يجز بغير إذنه من غير ضرورة ، كأكل ماله . ومنهم من قال لا يجوز ، لأن الهواء تابع للقرار . والجار لا يملك الارتفاق بقرار دار الجار ، فلا يملك الارتفاق بهواء داره ، فإن صالحه صاحب الدار على شيء لم يجز لأن الهواء تابع فلا يفرد بالعقد

(الشرح) الأحكام : إذا أراد أن يخرج جناحا أو روشناً فوق دار غيره أو شارع جاره بغيره إذنه لم يجز لأنه لا يملك الارتفاق بقرار أرض جاره إلا بإذنه فكذلك الارتفاق بهواء أرض جاره ، فان صالحه صاحب الدار أو الشارع على ذلك بعوض لم يصح لأنه لا يجوز إفراد الهواء بالعقد .

قال المصنف رحمه الله تعالى

﴿ فصل ﴾ وإن أخرج جناحا الى درب غير نافذ نظرت فان لم يكن له فى الدرب طريق لم يجز ، لما ذكرناه فى دار الجار ، وان كان له فيه طريق ففيه وجهان (أحدهما) يجوز ، وهو قول الشيخ أبى حامد الاسفرابنى ، لأن الهواء تابع للقرار ، فاذا جاز أن يرتفق بالقرار بالاجتياز جاز أن يرتفق بالهواء باخراج الجناح (والثانى) لا يجوز ، وهو قول شيخنا القاضى أبى الطيب رحمه الله لأنه موضع تعين ملاكه فلم يجز اخراج الجناح اليه كدار الجار ، فان صالحه عنه أهل الدرب ، فان قلنا يجوز اخراج الجناح لم يجز الصلح ، لما ذكرناه فى الصلح على الجناح الخارج الى الشارع ، وان قلنا لا يجوز اخراجه لم يجز الصلح لما ذكرناه فى الصلح على الجناح الخارج الى دار الجار

(الشرح) وان أراد أن يخرج جناحا أو روشنا الى درب غير نافذ وله طريق فى هذا الدرب ، فان كان يضر بالمارة لم يجز من غير إذن أهل الدرب ، كما لا يجوز اخراج جناح يضر الى شارع نافذ الا اذا أذنوا بذلك أهل الدرب

وقال القاضى أبو الطيب : لا يجوز له ذلك بغير اذنهم لأنه مملوك لقوم معينين فلم يجز له اخراج الجناح اليهم بغير اذنهم ، والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن أراد أن يعمل ساباطاً ويضع أطراف أجذاعه على حائط الجار المحاذى لم يجز ذلك من غير إذنه ، لأنه حمل على ملك الغير من غير ضرورة فلم يجز من غير إذنه كحمل المتاع على بهيمة غيره ؛ فإن صالحه منه على شيء جاز إذا عرف مقدار الأجذاع ، فإن كانت حاضرة نظر اليها ، وإن لم تحضر وصفها فإن أراد أن يبنى عليها ذكر سمك البناء ، وما يبنى به ، فإن أطلق كان ذلك بيعاً مؤبداً لمغارز الأجذاع ومواضع البناء ، وإن وقت كان ذلك إجارة تنقضى بإنقضاء المدة .

(الشرح) وإن أراد أن يعمل ساباطاً — وهو سقيفة بين حائطين تحتها طريق والجمع سوابيط وساباطات — على جدار جاره وصفته أن يكون له جدار وبحذائه جدار جاره وبينهما شارع ، فيمد جذوعا من جداره إلى جدار جاره ؛ فلا يجوز له ذلك إلا بإذن جاره ، لأنه حمل على ملك غيره بغير إذنه ، من غير ضرورة فلم يجز كما لو أراد أن يحمل على بهيمة غيره بغير إذنه .

وقولنا : من غير ضرورة احتراز من السقيف على الحائط الرابع لجاره على ما يأتى بيانه ، فان صالحه على ذلك بعوض صح الصلح ، ولا بد أن تكون الأخشاب معلومة إما بالمشاهدة أو بالصفة ، فيقول : صالحنى على أن أضع هذه الأخشاب بكذا ، قال الشيخ أبو حامد : وهكذا إذا قال : خذ منى مالا وأقر لى حقا فى أن أضع على جدارك جذوعى هذه أو نصفها ، فاذا أقر له بذلك وأخذ العوض جاز .

فان أراد أن يبنى عليها ذكر طول البناء وعرضه وما يبنى به ، لأن الغرض يختلف بذلك ، فان أطلقا ذلك ولم يقدراه بمدة كان ذلك تبعاً لمغارز الجذوع ، وإن قدرا ذلك بمدة كان إجارة تنقضى بانقضاء المدة ، هكذا ذكره الشيخان أبو حامد وأبو إسحاق والقاضى أبو الطيب أيضاً .

وقال ابن الصباغ : لا يكون ذلك بيعاً بحال ، لأن البيع ما يتناول الإعيان ،

وهذا الصلح على وضع الخشب لا يملك به الواضع شيئا من الحائط الذى يضع عليه لأنه لو كان بيعا لملك جميع الحائط ولكان إذا تهدم يملك أخذ الأنقاض ، وهذا لا يقوله أحد ، قال : فإن قيل إنما يكون بيعا لموضع الوضع خاصة قيل : لا يصح ذلك لأن موضع الوضع محمل بقية الحائط الذى لغيره وتلك منفعة استحقها واذا بطل أن يكون تبعا كان ذلك إجارة بكل حال . قال : فإن قيل : فكيف يكون الاجارة إلى مدة غير معلومة ؟ فالجواب أن المنفعة يجوز أن يقع العقد عليها فى موضع الحاجة غير مقدرة كما يقع عقد النكاح على منفعة غير مقدرة ، والحاجة إلى ذلك ، لأن الخشب وما يشبهه مما يراد للتأبيد ، ويضر به التقدير ، بخلاف سائر الاجارات ، ولان سائر الاعيان لو جوزنا فيها عقد الاجارة على التأبيد بطل فيها معنى الملك ، وهاهنا وضع الخشب على الحائط لا يمنع مالكه أن ينتفع به منفعة مقصودة ، والاول أصح ، لان الشافعى رضى الله عنه ، قال فى المختصر : ولو اشترى علو بيت على أن يبنى على جدرانه ويسكن على سطحه أجزت ذلك اذا سميا منتهى البنيان ، لانه ليس كالارض فى احمال ما يبنى عليها .

إذا ثبت هذا : فان أقر صاحب الحائط لصاحب الخشب أن له حق الوضع على جداره لزم ذلك فى الحكم . فان تقدمه صلح لزم ظاهراً وباطنا وان لم يتقدمه صلح لزم فى الظاهر دون الباطن والله تعالى أعلم .

وقال أصحاب أحمد : لا يجوز أن يشرع إلى طريق نافذ جناحا ، وهو الروش سواء كان ذلك يضر بالمارة أو لا يضر ، وسواء أذن الامام أو لم يأذن ، ولا يجوز الساباط من باب الأولى ، ولو كان الحائط ملكه .

وقال ابن عقيل من الحنابلة . ان لم يكن فيه ضرر جاز باذن الامام لانه نائبهم فجرى اذنه مجرى اذن المشتركين فى الدرب الذى ليس بنافذ وهذا القول ضعيف عندهم لأن الضرر لا بد أن يتحقق ولو بحجب الضوء عن الطريق ، أو الهواء ، وليس كالجلوس أو المرور فانهما طارئان .

وقال أبو حنيفة يجوز من ذلك مالا ضرر فيه ، وان عارضه رجل من المسلمين وجب قلعه .

وقال مالك والأوزاعى واسحاق وأبو يوسف ومحمد والشافعى رضى الله عنهم يجوز ذلك اذا لم يضر بالمارة ، ولا يملك أحد منعه ، لانه ارتفق بمالم يتعين ملك أحد فيه من غير مضرة ، فكان جائزاً كالمشىء فى الطريق والجلوس فيها .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ولا يجوز أن يفتح كوة ، ولا يسمر مسمارا فى حائط جاره الا باذنه ، ولا فى الحائط المشترك بينه وبين غيره الا باذنه . لان ذلك يوهى الحائط ويضر به ، فلا يجوز من غير اذن مالكه ، ولا يجوز أن يبنى على حائط جاره ولا على الحائط المشترك شيئا من غير اذن مالكه ولا على السطحين المتلاصقين حاجزا من غير اذن صاحبه . لانه حمل على ملك الغير فلم يجز من غير اذن كالحمل على بهيمته ، ولا يجوز أن يجرى على سطحه ماء من غير اذنه ، فان صالحه منه على عوض جاز ، اذا عرف السطح الذى يجرى ماؤه لانه يختلف ويتفاوت .

(الشرح) الاحكام : لايجوز أن يفتح كوة ، ولا يدق وتداً فى حائط الجار ولا فى الحائط المشترك بينه وبين غيره عن غير اذن ، لأن ذلك يضعف الحائط ، ولا يجوز أن يبنى عليه من غير اذن كما لا يجوز أن يحمل على بهيمة غيره بغير اذنه .

(فرع) ولا يجوز أن يجرى الماء فى أرض غيره ولا على سطحه بغير اذنه هذا قوله فى الجديد ، وقال فى القديم : اذا ساق رجل عينا أو بئرا فلزمته مؤنة ودعته الضرورة الى اجرائه فى ملك غيره ولم يكن على المجرى فى ملكه ضرر بين فقد قال بعض أصحابنا يجبر عليه ؛ فأومأ الى أنه يجبر لما روى أن الضحاك ومحمد ابن مسلمة اختلفا فى خليج أراد الضحاك أن يجريه فى أرض محمد بن مسلمة فامتنع فترافعا الى أمير المؤمنين عمر رضى الله عنه فقال . والله لأمرنه ولو على بطنك. قال العمرانى . والأول هو المشهور فى المهذب للشيخ أبى اسحاق ، لأنه حمل على ملك غيره فلم يجز من غير اذنه ، كالحمل على بهيمته قال . وأما الخبر فيحتمل أنه كان له رسم اجراء الماء فى أرضه فامتنع منه فلذلك أجبره أمير المؤمنين على ذلك

(قلت) فإذا صالح رجلا على موضع قناة من أرضه يجرى فيها ماء وبينا موضعها وعرضها وطولها جاز ، لأن ذلك بيع موضع من أرضه . ولا حاجة إلى بيان عمقه ، لأنه إذا ملك الموضع كان له الى تخومه . فله أن يترك فيه ما شاء ، وإن صالحه على إجراء الماء فى ساقية من أرض رب الأرض مع بقاء ملكه عليها فهذا إجارة الأرض فيشترط تقدير المدة لان هذا شأن الإجارة

فان كانت الارض فى يد رجل بإجارة جاز أن يصالح رجلا على إجراء الماء فيها فى ساقية محفورة مدة لا تجاوز مدة إجارته . وإن لم تكن الساقية محفورة لم يجز أن يصالحه على ذلك . لأنه لا يجوز إحداث ساقية فى أرض فى يده باجارة . فأما إن كانت الأرض فى يده وقفاً عليه فهو كالمستأجر ، له أن يصالح على إجراء الماء فى ساقية محفورة فى مدة معلومة ، وليس له أن يحفر فيهاساقية لأنه لا يملكها إنما يستوفى منفعتها كالأرض المستأجرة سواء

وقال أصحاب أحمد : يجوز له حفر الساقية لأن الارض له وله التصرف فيها كيفما شاء ما لم ينقل الملك الى غيره ، بخلاف المستأجر فانه إنما يتصرف فيها بما أذن له فيه ، فكان الموقوف عليه بمنزلة المستأجر إذا أذن له فى الحفر ، فان مات الموقوف عليه فى أثناء المدة ، فهل لمن انتقل اليه فسخ الصلح فيما بقى من المدة ؟ على وجهين .

(فرع) اذا ادعى على رجل مالا فأقر له به ثم قال صالحنى فيه على أن أعطيك مسيل ماء فى ملكى ، قال الشافعى رضى الله عنه ، فان بينا الموضع وقدر الطول والعرض صح ، لأن ذلك بيع لموضع من أرضه ولا يحتاجان ان يبينا عمقه لانه اذا ملك الموضع كان له النزول الى تخومه ؛ وهل يملك المدعى عليه هذه الساقية فيه وجهان حكاهما الصيدلانى (أحدهما) يملكها تبعاً للأرض (والثانى) لا يملكها فعلى هذا لا يمنع مالك الارض من بناء فوق المسيل

قال ابن الصباغ وان صالحه على أن يجرى الماء فى ساقية فى أرض المصالح قال فى الأم فان هذا اجارة يفتقر الى تقدير المدة . قال أصحابنا انما يصح اذا كانت الساقية محفورة ، فاذا لم تكن محفورة لم يجز لأنه لا يمكن المستأجر من اجراء

الماء الا بالحفر ، فليس له الحفر فى ملك غيره ، لأن ذلك اجارة لساقية غير موجودة ، فان حفر الساقية وصالحه جاز

قال العمرانى : وان كانت الارض فى يد المقر باجارة جاز له أن يصالحه على اجراء الماء فى ساقية فيها محفورة مدة لا تجاوز مدة اجارته ، وان لم تكن الساقية محفورة لم يجز أن يصالحه على ذلك ، لأنه لا يجوز له احداث ساقية فى أرض فى يده باجارة ، وكذلك اذا كانت الارض وقفا عليه جاز أن يصالحه على اجراء الماء فى ساقية فى أرض فى يده

وان أراد أن يحفر ساقية لم يكن له ذلك لأنه لا يملكها ، وانما له أن يستوفى منفعتها كالارض المستأجرة : وان صالحه على اجراء الماء على سطحه جاز اذا كان السطح الذى يجرى ماؤه فيه معلوما ، لأن الماء يختلف بكبر السطح وصغره وقال ابن الصباغ ولا يحتاج الى ذكر المدة ، ويكون ذلك فرعا للإجارة لأن ذلك لا يستوفى به منافع السطح بخلاف الساقية فانه يستوفى منفعتها فكانت مدتها مقدرة ولأنهما يختلفان أيضاً فان الماء الذى يجرى فى الساقية لا يحتاج الى تقدير لأنه لا يجرى فيها أكثر من ملئها ، ويحتاج الى ذكر السطح الذى يجرى منه لأنه يجرى فيه القليل والكثير .

وان صالحه على أن يسقى زرعه أو ماشيته من مائه سقية أو سقيتين لم يصح ، لأن القدر من الماء الذى يسقى به الزرع والماشية مجهول ، فان صالحه على ربع العين أو ثلثها صح كما قلنا فى البيع

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وفى وضع الجذوع على حائط الجار والحائط الذى بينه وبين شريكه قولان ، قال فى القديم : يجوز ، فاذا امتنع الجار أو الشريك أجبر عليه اذا كان الجذع خفيفا لا يضر بالحائط ، ولا يقدر على التسقيف الا به . لما روى أبو هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : لا يمنعن أحدكم جاره أن يضع خشبه على جداره . قال أبو هريرة رضى الله عنه : انى لأراكم عنها معرضين ، والله لأرمينها بين أظهركم ، ولأنه اذا اوجب بذل فضل الماء للكلأ لاستغنائه عنه وحاجة غيره وجب بذل فضل

الحائط لاستغنائه عنه وحاجة جاره . وقال فى الجديد : لا يجوز بغير إذن ، وهو الصحيح : لقوله صلى الله عليه وسلم « لا يحل مال امرىء مسلم الا بطيب نفس منه » ولأنه انتفاع بملك غيره من غير ضرورة فلا يجوز بغير اذنه كالحمل على بهيمته ، والبناء فى أرضه ، وحديث أبى هريرة نحمله على الاستحباب . وأما الماء فإنه غير مملوك فى قول بعض أصحابنا . والحائط مملوك ، ولأن الماء لا تنقطع مادته ، والحائط بخلافه .

فان كان الجذع ثقيلا يضر بالحائط لم يجز وضعه من غير اذنه قولا واحداً ، لأن الارتفاق بحق الغير لا يجوز مع الإضرار ، ولهذا لا يجوز أن يخرج الى الطريق جناحا يضر بالمارة . وان كان لا حاجة به اليه لم يجبر عليه ، لأن الفضل انما يجب بذله عند الحاجة اليه ، ولهذا يجب بذل فضل الماء عند الحاجة اليه للكلأ ولا يجب مع عدم الحاجة .

فان قلنا يجبر عليه فصالح منه على مال لم يجز ، لأن من وجب له حق لا يؤخذ منه عوضه ، وان قلنا : لا يجبر عليه فصالح منه على مال جاز على ما بيناه فى أجذاع الساباط .

(فصل) واذا وضع الخشب على حائط الجار أو الحائط المشترك ، وقلنا انه يجبر فى قوله القديم ، أو صالح عنه على مال فى قوله الجديد فرفعه جاز له أن يعيده ، فان صالحه صاحب الحائط عن حقه بعوض ليسقط حقه من الوضع جاز لأن ما جاز بيعه جاز ابتياعه كسائر الاموال .

(الشرح) حديث أبى هريرة رضى الله عنه رواه البخارى ومسلم وأحمد والترمذى وأبو داود وابن ماجه ، وقد أخرجه أيضا ابن ماجه والبيهقى وأحمد والطبرانى وعبد الرزاق من طريق ابن عباس بلفظ . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار ، وللرجل أن يضع خشبة فى حائط جاره ، واذا اختلفتم فى الطريق فاجعلوه سبعة أذرع » وأخرجه أحمد وابن ماجه أيضا من حديث عكرمة بن سلمة بن ربيعة « أن أخوين من بنى المغيرة أعتق أحدهما أن

لا يغرز خشبا فى جداره ، فلقيا مجمع بن يزيد الانصارى ورجالا كثيراً فقالوا : نشهد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : لا يمنع جار جاره أن يغرز خشبا فى جداره ، فقال الحالف : أى أخى قد علمت أنك مقضى لك علىّ ، وقد حلفت فاجعل اسطونا دون جدارى ففعل الآخر ، فغرز فى الاسطوان خشبة ، وهو أيضا عند ابن ماجه والدارقطنى والحاكم والبيهقى من حديث أبى سعيد ، وعند البيهقى من طريق عبادة . وعند الطبرانى فى الكبير وأبى نعيم من حديث ثعلبة بن مالك القرظى ، وما جاء فى بعض ألفاظه من جمل الطريق سبعة أذرع ثبت فى الصحيحين من حديث أبى هريرة ، وعكرمة بن سلمة بن ربيعة مجهول

وقوله « لا يمنع » بالجزم على النهى . وفى رواية لأحمد « لا يمنعن » وفى لفظ للبخارى بالرفع على الخبرية ، وهى فى معنى النهى .

وقوله « خشبة » قال القاضى عياض رويناه فى مسلم وغيره من الأصول بصيغة الجمع والإفراد ، ثم قال: وقال عبد الغنى بن سعيد : كل الناس تقوله بالجمع الا الطحاوى ، فانه قال عن روح بن الفرج . سألت أبا زيد والحرث بن بكير ويونس بن عبد الأعلى عنه . فقالوا كلهم خشبة بالتنوين ، ورواية مجمع تشهد لمن رواه بلفظ الجمع . ويؤيدها أيضا ما رواه البيهقى من طريق شريك عن سماك عن عكرمة عن ابن عباس بلفظ « اذا سأل أحدكم جاره أن يدعم جذوعه على حائطه فلا يمنعه .

قال القرطبى وانما اعتنى هؤلاء الأئمة بتحقيق الرواية فى هذا الحرف ، لان أمر الخشبة الواحدة يخف على الجار المسامحة به بخلاف الاخشاب الكثيرة

أما الاحكام فان هذه الاحاديث تدل على أنه لا يحل للجار أن يمنع جاره من غرز الخشب فى جداره ، ويجبره الحاكم اذا امتنع وبهذا قال الشافعى فى القديم وأحد قولى الجديد . وأحمد واسحاق وابن حبيب من المالكية وأهل الحديث

وقال الشافعى فى أحد قولى الجديد والحنفية ومالك والجمهور من الفقهاء انه يشترط اذن المالك ، ولا يجبر صاحب الجدار اذا امتنع . وحملوا النهى على التنزيه جمعا بينه وبين الادلة القاضية بأنه « لا يحل مال امرىء مسلم الا بطيبة من نفسه »

وأجيب بأن هذا الحديث أخص من تلك الأدلة مطلقا فيبنى العام على الخاص قال البيهقي: لم نجد في السنن الصحيحة مايعارض هذا الحكم إلا عمومات لا يستنكر أن يخصها. وحمل بعضهم الحديث على ما إذا تقدم استئذان الجار، كما وقع في رواية لأبي داود بلفظ «إذا استأذن أحدكم أخاه» وفي رواية لأحمد «من سأله جاره» وكذا في رواية لابن حبان، فاذا تقدم الاستئذان لم يكن للجار المنع لا إذا لم يتقدم، وبهذا يصح الجمع بين الأحاديث العامة والخاصة، والمطلقة والمقيدة والله تعالى أعلم.

والمذهب انه إذا أراد رجل أن يضع أجذاعه على حائط جاره أو حائط مشترك بينه وبين غيره بغير إذنه، فإن كان به إلى ذلك حاجة، مثل أن يكون له براح من الأرض ويحيط له بالبراح ثلاثة جدر ولجاره أو شريكه جدار رابع، أو أراد صاحب الجدر الثلاثة أن يضع عليها سقفاً فهل يجبر صاحب الجدار الرابع على تمكينه من ذلك، فيه قولان

قال في القديم: يجبر إذا كان ما يضعه لا يضر بالحائط ضرراً بينا. وبه قال أحمد وغيره ممن مضى ذكرهم لحديث أبي هريرة الذي نكس فيه القوم رءوسهم، فقال أبو هريرة: مالي أراكم عنها معرضين، والله لأرمينها بين أظهركم. يعني هذه السنة التي أنتم عنها معرضون. فإذا قلنا بهذا فلم يبذل الجار له أجبره الإمام أن يضع خشبه على جداره.

وقال في الجديد: لا يجبر على ذلك. قال العمراني: وهو الصحيح، وبه قال أبو حنيفة لحديث «لا يحل مال امرىء مسلم إلا بطيب نفس منه» ولأنه انتفاع بملك غيره من غير ضرورة فلم يجز من غير إذنه، كزراعة أرضه والبناء في أرضه

(قلت) قد ذهب المصنف إلى أن للخبر تأويلين (أحدهما) أنه محمول على الاستحباب (والثاني) أن معناه إذا أراد الرجل أن يضع خشبة على جدار له لإخراج روشن أو شرفة أو جناح إلى شارع نافذ فليس لجاره المحاذي له أن يمنعه من ذلك، لأنه قال: لا يمنع أحدكم جاره ان يضع خشبه على جداره، والضمير يرجع الى أقرب مذكور وهو الجار.

فأما إذا أراد أن يبنى على الحائط أو يضع عليه خشبا يضر به ضرراً بينا أو جدار آخر يمكنه أن يسقف عليه ، لم يجبر الجار قولا واحداً ، فإذا قلنا بقوله فى الجديد فأعاره صاحب الحائط فوضع الخشب عليه لم يكن لصاحب الحائط أن يطالبه بقلعه ، لأن اذنه يقتضى البقـاء على التأبيد ، فان قلع المستعير خشبه أو سقطت فهل له أن يعيد مثلها ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) له ذلك ، لأنه قد استحق دوام بقائها .

(والثانى) ليس له بغير اذن مالك الحائط وهو الصحيح ، لأن السقف اذا سقط فلا ضرر على المعير فى الرجوع . وان أراد صاحب الحائط هدم حائطه ، فإن لم يكن مستهدما لم يكن له ذلك ، لأن المستعير قد استحق تبقية خشبه عليه ، وان كان مستهدما فله ذلك ، وعلى صاحب الخشب نقله ، فإذا أعاد صاحب الحائط حائطه – فان بناه بمادة أخرى – لم يكن لصاحب الخشب اعادة خشبه من غير اذنه ، لان هذا الحائط غير الاول .

وقال الحنابلة : يجوز اعادة وضعه بغير اذنه . وان بناه بمادته الأولى بعينها بأن كانت عضادته خشبا فأقامه أو حجرا فرصه ، فهل له أن يعيد خشبه بغير اذن على الوجهين الاولين ، فان صالحه بمال ليضع أجذاعه على جداره فى قوله الجديد أو قلنا يجبر الجـار على تمكينه من وضعها على القديم فصالح مالك الجدار مالك الخشب ليضع عن جداره الخشب صح الصلح ، لأن ما صح بيعه صح ابتياعه كسائر الاموال ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وان كان فى ملكه شجرة فاستعلت وانتشرت أغصانها وحصلت فى دار جاره جاز للجار مطالبته بازالة ما حصل فى ملكه ، فان لم يزله جاز للجار ازالته عن ملكه ، كما لو دخل رجـل الى داره بغير اذنه ، فان له أن يطالبه بالخروج ، فان لم يخرج أخرجه ، فان صالحه منه على مال فان كان يابسا لم يجز لانه عقد على الهواء ، والهواء لا يفرد بالعقد ؛ وان كان رطبا لم يجز لما ذكرناه ولانه صلح على مجهول ، لأنه يزيد فى كل وقت .

(الشرح) الأحكام : اذا كانت له شجرة فى ملكه فانتشرت أغصانها فوق ملك جاره فللجار أن يطالب مالك الشجرة بازالة ما انتشر فوق ملكه لان الهواء تابع للقرار ، وليس له أن ينتفع بقرار أرض جاره بغير اذنه ، فكذلك هواء أرض جاره ، فان لم يزل مالك الشجرة ذلك فللجار أن يزيل ذلك عن هواء أرضه بغير اذن الحاكم كما لو دخلت بهيمة لغيره الى أرضه فله أن يخرجها بنفسه وقال أصحاب أحمد : اذا امتنع المالك من ازالته لم يجبر لان ذلك ليس من فعله ، وعلى كلا الأمرين اذا امتنع من ازالته كان لصاحب الهواء ازالته مع عدم الاتلاف ، فاذا أتلف شيئا ضمنه كما لو دخلت البهيمة داره فعليه اخراجها بغير اتلاف فاذا أتلفها غمنها : فان لم يمكنه ازالتها الا بالاتلاف فلا شيء عليه لأنه لا يلزمه اقرار مال غيره فى ملكه .

قال العمرانى فى البيان : ينظر فيه فان كان ماانتشر لينا يمكنه أن يزيل ذلك عن ملكه من غير قطع ، لواه عن ملكه ، فان قطعه لزمه أرش مانقصت الشجرة بذلك لانه متعد بالقطع ؛ وان كان يابسا لا يمكنه ازالة ذلك عن ملكه الا بقطعه فله أن يقطع ذلك ولا ضمان عليه اه .

(قلت) فان صالحه على اقرارها بعوض معلوم ، فان كان غير معتمد على حائطه لم يجز ذلك لانه افراد للهواء بالعقد ان كان يابسا ، وان كان رطبا لم يجز أيضا لهذه العلة ، ولانه يزيد فى كل وقت بنمو الأغصان .

وقال أصحاب أحمد كابن حامد وابن عقيل وابن قدامة : يجوز ذلك رطبا كان الغصن أو يابسا ، لان الجهالة فى المصالح عنه لا تمنع الصحة لكونها لا تمنع التسليم بخلاف العوض فانه يفتقر الى العلم لوجوب تسليمه ، لان الحاجة داعية الى الصلح عنه لكون ذلك يكثر فى الاملاك المتجاورة فى القطع اتلاف وضرر قالوا : والزيادة المتجددة يعفى عنها كالسمن الحادث فى المستأجر للركوب .

(قلت) والصلح لا يجوز عندنا الا فى حالة ما اذا كان الغصن يابسا معتمدا على حائط الجار كما لو صالحه على وضع خشبة على حائطه ، وأما الرطب فانه يمكن ليه ، ويمكن تهذيبه .

(فرع) إذا كان سطح داره أعلا من سطح دار جاره لم يجبر من علا سطحه على بناء سترة . وقال أحمد رضى الله عنه : يجبر من علا سطحه على بناء سترة ، لأنه إذا صعد سطحه أشرف على دار جاره ، والإنسان ممنوع من الانتفاع بملكه على وجه يستضر به غيره ، كما لا يجوز أن يدق فى ملكه ما يهتز به حائط جاره .

دليلنا : أنه حاجز بين ملكيهما فلا يجبر أحدهما على ستره كالأسفل وماذكره فغير صحيح ، لأن الأعلى ليس له أن يشرف على الأسفل ، وإنما يستضر الأسفل بالإشراف عليه دون انتفاعه بملكه ، ويخالف الدق ، لأنه يضر بملك جاره ؛ قاله فى البيان .

(فرع) قال الشيخ أبو حامد الإسفرايينى : يجوز للإنسان أن يفتح فى ملكه كوة مشرفة على جاره ، وعلى جسر عليه ، ولا يجوز للجار منعه لأنه لو أراد رفع جميع الحائط لم يمنع فكذلك إذا رفع بعضه لم يمنع اه .

(قلت) إلا إذا ترتب على ذلك إضرار بجاره وإزالة للجدار الفاصل بين المسكنين مما يترتب عليه كشف سوءات البيت أو تعريض المال للضياع أو زوال صفة الصلاحية للسكنى أجبر على إزالة ذلك فان كان كوة سدها ، وإن كان جدارا أقامه . وسيأتى مزيد لذلك والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى .

(فصل) وإن كان لرجل فى زقاق لا ينفذ دار ، وظهرها إلى الشارع ففتح باباً من الدار إلى الشارع جاز ؛ لأن له حق الاستطراق فى الشارع فجاز أن يفتح اليه باباً من الدار ، وان كان باب الدار إلى الشارع وظهرها الى الزقاق ففتح بابا من الدار الى الزقاق نظرت ، فإن فتحه ليستطرق الزقاق لم يجز لأنه يجعل لنفسه حق الاستطراق فى درب مملوك لاهله لا حق له فى طريقه ، فان قال : أفتحه ولا أجعله طريقا ، بل أغلقه وأسمره ، ففيه وجهان .

(أحدهما) أن له ذلك ، لأنه اذا جاز له أن يرفع جميع حائط الدار ، فلأن يجوز أن يفتح فيه بابا أولى ،

(والثانى) لا يجوز ، لان الباب دليل على الاستطراق ، فمنع منه ، وان فتح

فى الحائط كوة الى الزقاق جاز ، لأنه ليس بطريق ولا دليـل عليه ، فان كان له داران فى زقاقين غير نافذين ، وظهر كل واحدة من الدارين الى الأخرى ، فأنفذ احدى الدارين الى الاخرى ففيه وجهان .

(أحــدهما) لا يجوز ، لأنه يجعل الزقاقين نافذين ، ولأنه يجعل لنفسه الاستطراق من كل واحد من الزقاقين الى الدار التى ليست فيه ، ويثبت لاهل كل واحــد من الزقاقين الشفعة فى دور الزقاق الآخر على قول من يوجب الشفعة بالطريق (والثانى) يجوز ، وهو اختيار شيخنا القـاضى رحمه الله ، لأن له أن يزيل الحاجز بين الدارين ، ويجعلهما دارا واحـدة ، ويترك البابين على حالهما ، فجاز أن ينفذ احداهما الى الاخرى .

(الشرح) الأحكام : اذا كان لرجل دار فى زقاق غير نافذ وظهر الدار الى شارع عام فأراد أن يفتح بابا فى ظهر بيته الى الشارع فإن فتحه وسد الباب الذى فى الزقاق جاز له ذلك قولا واحـدا . أما اذا أبقى الباب الذى فى الزقاق نظرت فإذا جعله لاستطراق المارة من الشارع الى الزقاق لم يجز له ذلك ، لأن الدرب مملوك لاهله لا يعبر أحد أجنبى من زقاقهم . فإذا استأذن أصحاب الزقاق وقال لهم أفتحه ولا أجعله طريقا . بل أجعل بابى ذا أقفال وترابيس لا يمر فيه الا أهل بيتى وضيفانى ففيه وجهان .

(أحدهما) يجوز ، لانه اذا جاز أن يهـدم الحائط جاز له أن يهدم بعضه .

(والثانى) لا يجوز ، لأن البـــاب ثغرة يمكن أن يستدل منها المارة على الاستطراق الى الزقاق فمنع منه . وقال الحنابلة : يجوز له ذلك قولا واحـدا ، ولأنه يرتفق بمالم يتعين ملك أحد عليه

وعلى القول بالجواز ان قيل : فى هذا اضرار بأهل الدرب : لانه يجعله نافذا يستطرق اليه من الشارع (قلنا) لا يصير نافذا . وانما تصير داره نافذة ، وليس لأحد استطراق داره . فاما ان كان باب داره الى الشـارع . وليس له باب الى الدرب فأراد أن يفتح بابا فى ظهر داره الى الزقاق للاستطراق لم يكن له ذلك ،

لانه ليس له حق فى الدرب الذى قد تعين ملك أربابه ، ويحتمل الجواز كما ذكرنا فى الوجه الذى تقدم .

(فرع) إذا أراد أن يفتح إلى الدرب كوة أو شبا كاً لم يمنع منه . لأنه يتصرف فى ملكه ، وربما أراد ذلك للهواء أو النور أو الشمس .

(فرع) فإن كان لرجل داران وباب كل واحدة منهما إلى زقاق غير نافذ وظهر كل واحدة منهما إلى ظهر الأخرى ، فإن أراد صاحب الدارين رفع الحائط بينهما وجعلهما داراً واحـــدة جاز ، وإن أراد أن يفتح من أحدهما باباً إلى الأخرى ليدخل من كل واحدة من الدارين إلى الأخرى ، ويدخل من كل واحـدة من الدارين ففيه وجهان حكاهما الشيخ أبو حامد وأكثر أصحابنا أنه لا يجوز ، لأنه يجعل لكل واحدة من الدارين طريقا من كل واحدة من الدارين ، ويجعل الدار كالدرب الواحد ، ولأنه يثبت الشفعة لكل واحد من الدربين لأهل الدرب الآخر فى قول من يثبت الشفعة فى الدار لاشتراكهما فى الطريق ؛ وهذا لا يجوز . وقال القاضى أبو الطيب : يجوز ، لأنه يجوز له أن يرفع الحائط كله ، فجاز له أن يفتح فيه باباً .

قال المصنف رحمه الله :

﴿ فصل ﴾ إذا كان لداره باب فى وسط درب لا ينفذ ، فأراد أن ينقل الباب نظرت فإن أراد نقله الى أول الدرب جاز له لأنه يترك بعض حقه من الاستطراق وإن أراد أن ينقله الى آخر الدرب ففيه وجهان .

(أحـدهما) لا يجوز ، لأنه يريد أن يجعل لنفسه حق الاستطراق فى موضع لم يكن له (والثانى) يجوز ، لأن حقه ثابت فى جميع الدرب ، ولهـذا لو أرادوا قسمته كان له حق فى جميعه ، فإن كان بابه فى آخر الدرب وأراد أن ينقل الباب الى وسطه ، ويجعل الى عند البـاب دهليزاً ـــ إن قلنا : ان من بابه فى وسط الدرب ـ يجوز أن يؤخره الى آخر الدرب ، لم يجز لهذا أن يقدمه ، لأنه مشترك بين الجميع . فلا يجوز أن يختص به ، وان قلنـا : لا يجوز جاز لهذا أن يقدمه لأنه يختص به .

(الشرح) الأحكام : إذا كان لرجلين داران فى زقاق غير نافذ وباب دار أحدهما قريب من أول الدرب . ولداره فناء يمتد إلى آخر الدرب ، وباب دار الآخر فى وسط الدرب ، فان أراد من باب داره قريب من أول الدرب أن يقدم بابه إلى أول الدرب جاز لأنه يترك بعض ما كان له من استحقاق ، وإن أراد أن يؤخر بابه إلى داخل الدرب الذى له فناء داره هناك ففيه وجهان

(أحدهما) له ذلك لأن فناء داره يمتد فكان له تأخير بابه الى هناك ، ولأن له يداً فى الدرب ، فكان الجميع فى يدهما (والثانى) ليس له ذلك وهو الصحيح ، لأنه يريد أن يجعل لنفسه الاستطراق فى موضع لم يكن له

وإن أراد من باب داره فى وسط الدرب أن يقدم بابه . قال الشيخ أبو حامد فان أراد أن يقدمه إلى الموضع الذى لا فناء لصاحبه فيه كان له ذلك وجها واحداً وإن أراد أن يقدمه إلى الموضع الذى لصاحبه هناك فناء فهل له ذلك ؟ يبنى على الوجهين الاولين .

فإن قلنا ليس لمن باب داره فى أول الدرب أن يؤخر بابه فلمن باب داره فى وسط الدرب أن يقدم بابه وهو الصحيح . وإن قلنا لمن باب داره فى أول الدرب أن يؤخر بابه الى وسط الدرب . فليس لمن باب داره فى وسط الدرب أن يقدم بابه إلى فناء دار جاره

وقال ابن الصباغ : ينبغى له أن يقدم بابه فى فنائه إلى فناء صاحبه وجها واحداً لأنه انما يفتح الباب فى فناء نفسه ، ولا حق له فيما جاوز ذلك

وقال أصحاب أحمد : إذا كان لرجلين بابان فى زقاق غير نافذ أحدهما قريب من باب الزقاق والآخر فى داخله ، فللقريب من الباب نقل بابه الى ما يلى باب الزقاق ، لأن له الاستطراق الى بابه القديم ؛ فقد نقص من استطراقه ، ومتى أراد رد بابه إلى موضعه الاول جاز لأن حقه لم يسقط ، وإن أراد نقل بابه تلقاء صدر الزقاق لم يكن اه ذلك . قال ابن قدامة نص عليه أحمد اه

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصــل) اذا كان بين رجلين حائط مشترك فانهدم ، فدعا أحدهما صاحبه الى العمارة وامتنع الآخر ، ففيه قولان . قال فى القــــديم يجبر لأنه إنفاق على

مشترك يزول به الضرر عنه وعن شريكه فأجبر عليه كالإنفاق على العبد . وقال فى الجديد : لا يجبر لأنه إنفاق على ملك لو انفرد به لم يجب، فاذا اشتركا لم يجب كزراعة الأرض . فإن قلنا بقوله القديم أجبر الحاكم الممتنع على الانفاق ، فان لم يفعل وله مال باعه وأنفق عليه ، فإن لم يكن له مال اقترض عليه وأنفق عليه ، فإذا بنى الحائط كان بينهما كما كان . ومن له رسم خشب أو غيره أعاده كما كان .

وإن أراد الشريك أن يبنيه لم يمنع منه ، لأنه يعيد رسما فى ملك مشترك فلم يمنع منه ، كما لو كان على الحائط رسم خشب فوقع ، فإن بنى الحائط من غير إذن الحاكم نظرت فإن بناه بآلته ونقضه معاً عاد الحائط بينهما كما كان برسومه وحقوقه لأن الحائط عاد بعينه وليس للبانى فيه إلا أثر فى تأليفه . وإن بناه بغير آلته كان الحائط للبانى ، لايجوز لشريكه أن ينتفع من غير اذنه ، فإن أراد البانى نقضه كان له ذلك لأنه ملكه لا حق لغيره فيه فجاز له نقضه ، فان قال له الممتنع لا تنقض وأنا أعطيك نصف القيمة لم يجز له نقضه ، لأن على هذا القول يجبر على البناء . فاذا بناه أحدهما وبذل له الآخر نصف القيمة وجب تبقينه وأجبر عليه ، كما أجبر على البناء .

وإن قلنا بقوله الجديد فأراد الشريك أن يبنيه لم يمنع ، لأنه يعيد رسما فى ملك مشترك وهو عرصة الحائط فلم يمنع منه ، فان بناه بآلته فهو بينهما ، ولكل واحد منهما أن ينتفع به ويعيد ماله من رسم خشب . وان بناه بآلة أخرى فالحائط له ، وله أن يمنع الشريك من الانتفاع به ، وان أراد نقضه كان له ، لأنه لا حق لغيره فيه. فان قال له الشريك لا تنقضه وأنا أعطيك نصف القيمة لم يمنع من نقضه ، لأن على هذا القول لو امتنع من البناء فى الابتداء لم يجبر . فاذا بناه لم يجبر على تبقيته .

وان قال : قد كان لى عليه رسم خشب وأعطيك نصف القيمة وأعيد رسم الخشب ، قلنا للبانى : اما أن تمكنه من اعادة رسمه وتأخذ نصف القيمة . واما أن تنقضه ليبنى معك ، لأن القرار مشترك بينهما ، فلا يجوز أن يعيد رسمه ، ويسقط حق شريكه .

(الشرح) الأحكام : إذا كان بينهما حائط مشترك فانهدم أو هدماه ، فدعا أحـدهما إلى بنائه وامتنع الآخر ، فهل يجبر الممتنع ؟ فيه قولان . هكذا لو كان بينهما نهر عظيم ، أو بئر فاجتمـع فيه الطين . فهل يجبر الممتنع من كسحها على ذلك ؟ فيه قولان .

وقال أبو حنيفة : لا يجبر الممتنع على بنـاء الحائط ، ويجبر على كسح النهر والبئر . وقال أحمد لا يجبر على البناء لأنه إذا كان الممتنع مالكه لم يجبر على البناء فى ملكه المختص به ، وإن كان الممتنع الآخر لم يجبر على بنـــاء ملك غيره ولا المساعدة فيه . وقال مالك وأبو ثور : وأحد القولين عندنا يجبر

قال العمرانى فى البيان : وعندنا الجميع على قولين — وهو يعنى بالجميع الحائط والبئر والنهر فى البناء وكسح الطين

قال فى القديم : يجبر الممتنع منهما . وبه قال مالك رحمه الله تعالى . واختاره ابن الصباغ لقوله صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار »

فإذا لم يجبر الممتنع أضررنا بشريكه ، ولأنه إنفاق على ملك مشـترك لإزالة الضرر فأجبر الممتنع منهما ، كالإنفاق على الحيوان المشـترك . وقال فى الجديد : لا يجبر الممتنع ، لأنه إنفاق على ملك لو انفرد بملكه لم يجبر عليه ، فاذا كان مشاركاً لغيره لم يجبر عليه ، كما لو كان بينهما براح من الأرض لا بناء عليه فدعا أحدهما الآخر إلى البناء فامتنع فانه لا يجبر ، وعكس ذلك البهيمة والعبد المشتركين ، لما لزم صاحبه الانفاق عليه عند الانفراد بملكه أجبر على الانفاق عليه إذا شارك غيره .

وأما الخبر فلا حجة فيـه ، لأنا لو أجبرنا الشريك لأضررنا به ؛ والضرر لايزال بالضرر ، فإذاقلنابقوله القديم فطالب الشريك شريكه بالبناء لزمه الانفاق معه بقسط ما يملك من الحائط ، فان امتنع أجبره الحاكم ، فإن كان له مال أخـذ الحاكم منه وأنفق عليه ما يخصه ، وإن كان معسراً اقترض له الحاكم من الشريك أو من غيره .

وإن بناه الشريك بإذن الحاكم أو بإذن الممتنع كان الحائط ملكا بينهما كما كان

ويرجع الذى بناه على شريكه بحصته من النفقة ، وان بناه بغير اذن شريكه لا ا ن الحاكم لم يرجع بما أنفق ، لأنه متطوع بالانفاق ، ثم ينظر فان بنى الحائط بآلته ومادته الأولى كان ملكا بينهما كما كان ، لأن المنفق انما أنفق على التأليف ، وذلك أثر لا عين يملكها . وان أراد الذى بناه نقضه لم يكن له ذلك لأن الحائط ملك لهما ، وان بنى له بآلة أخرى كان الحائط للذى بناه ، وله أن يمنع شريكه من الارتفاق به ، فان أراد الذى بناه نقضه كان له ذلك لأنه منفرد بملكه

وان قال له الممتنع لا تنقض وأنا أدفع ما يخصنى من النفقة أجبر الذى بناه على التبقية ، لأنه لما أجبر الشريك على البناء أجبر الذى بنى على التبقية ببذل النفقة وان كان بينهما نهر أو بئر وأنفق أحدهما بغير اذن شريكه أو اذن الحاكم فانه لا يرجع بما أنفق ، وليس له أن يمنع شريكه من نصيبه من الماء ، لأن الماء ينبع فى ملكيهما ، وليس له الا نقل الطين ، وذلك أثر لا عين بخلاف الحائط . وان قلنا بقوله الجديد لم يجبر الممتنع منهما . فان أراد أحدهما بناءه لم يكن للآخر منعه من ذلك لانه يزول به الضرر عن الثانى ، فان بناه بآلته كان الحائط ملكا لهما كما كان ، فلو أراد الذى بناه أن ينقضه لم يكن له ذلك لان الحائط ملكهما؛ فهو كما لو لم ينفرد ببنائه .

وان بناه بآلة له فهو ملك الذى بناه وله أن يمنع شريكه من الارتفاق به . فان أراد الذى بناه أن ينقضه كان له ذلك لانه ملك له ينفرد به ، فان قال له الممتنع : لاتنقض وأنا أدفع اليك مايخصنى من النفقة لم يجبر الذى بنى على التبقية لانه لما لم يجبر على البناء فى الابتداء لم يجبر على التبقية فى الانتهاء

فإن طالب الشريك الممتنع بنقضه لم يكن له ذلك الا أن يكون له خشب فيقول له اما أن تأخذ منى ما يخصنى من النفقة وتمكننى من وضع خشبى أو تقلع حائطك لنبنيه جميعاً فيكون له ذلك لانه ليس للذى بناه ابطال رسوم شريكه ، هذا اذا انهدم أو هدماه من غير شرط البناء . فأما اذا هدماه على أن يبنيه أحدهما . أو هدمه أحدهما متعديا . قال الشافعى رضى الله عنه أجبرته على البناء واختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال هى على قولين ، كما لو هدماه من غير شرط

والذى نص عليه الشافعى رضى الله عنه إنما هو على القول القديم ، وهو اختيار المحاملى ، لأن الحائط لا يضمن بالمثل ، ومنهم من قال يجبر قولا واحداً . قال الشيخ أبو حامد : وهو الصحيح ، لأن الشافعى رضى الله عنه نص على ذلك فى الجديد ، ولأنه هدمه بهذا الشرط فلزمه الوفاء به .

(فرع) وإن كان الحائط بينهما نصفين فهدماه أو انهدم ثم اصطلحا على أن يبنياه وينفقا عليه بالسوية ويكون لأحدهما ثلث الحائط وللآخر ثلثاه ، ويحمل عليه كل واحد منهما ماشاء فلا يصح هذا الصلح ، لأن الصلح هو أن يترك بعض حقه بعوض . وههنا قد ترك أحدهما لصاحبه سدس الحائط بغير عوض فلم يصح كما لو ادعى على رجل داراً فأقر له بها ثم صالحه المدعى منها على سكناها فلا يصح لأنه ملكه الدار والمنفعة ، ثم مصالحته على منفعتها ترك حق له بلا عوض كذلك ههنا مثله . ولأن هذا شرط فاسد، لان كل واحد منهما شرط أن يحمل عليه ماشاء والحائط لا يحمل ماشاء فلم يصح ، كما لو صالحه على أن يبنى على حائطة ماشاء فانه لا يصح لأن ذلك مجهول .

وإن اصطلحا على أن يبنيا وينفق عليه أحدهما ثلث النفقة ، وينفق عليه الآخر ثلثى النفقة ، ويحمل على الحائط خشبا معلومة ، فقد قال الشيخ أبو حامد فى دراسة أولى يصح الصلح . لأنه لما زاد فى الإنفاق ترك الآخر بعض حقه بعوض . وقال فى درسه مرة ثانية : لا يصح هذا الصلح لان النفقة التى تزيد على نفقة حقه مجهولة ، والصلح على عوض مجهول لا يصح . ولانه صلح على ماليس بموجود ، لان الحائط وقت العقد معدوم اه

قال المصنف رحمه الله :

(فصـل) وان كان لأحدهما علو وللآخر سفل والسقف بينهما ؛ فانهدم حيطان السفل لم يكن لصاحب السفل أن يجبر صاحب العلو على البناء قولا واحدا لان حيطان السفل لصاحب السفل فلا يجبر صاحب العلو على بنائه ، وهل لصاحب العلو إجبار صاحب السفل على البناء ؟ فيه قولان . فإن قلنا يجبر ألزمه الحاكم ، فإن لم يفعل وله مال باع الحاكم عليه ماله وأنفق عليه . وإن لم يكن له مال اقترض

عليه ، فإذا بنى الحائط كان الحائط ملكا لصاحب السفل لانه بنى له وتكون النفقة فى ذمته ويعيد صاحب العلو غرفته عليه وتكون النفقة على الغرفة وحيطانها من ملك صاحب العلو دون صاحب السفل لانها ملكه لا حق لصاحب السفل فيه وأما السقف فهو بينهما وما ينفق عليه فهو من مالهما ، فان تبرع صاحب العلو وبنى من غير اذن الحاكم لم يرجع صاحب العلو على صاحب السفل بشيء ، ثم ينظر فإن كان قد بناها بآلتها كانت الحيطان لصاحب السفل لان الآلة كلها له وليس لصاحب العلو منعه من الانتفاع بها ولا يملك نقضها لانها لصاحب السفل وله أن يعيد حقه من الغرفة ، وإن بناها بغير آلتها كانت الحيطان لصاحب العلو وليس لصاحب السفل أن ينتفع بها ولا أن يتد فيها وتداً ولا يفتح فيها كوة من غير إذن صاحب العلو ، ولكن له أن يسكن فى قرار السفل لان القرار له ولصاحب العلو أن ينقض ما بناه من الحيطان لانه لا حق لغيره فيها ، فإن بذل صاحب السفل القيمه ليترك نقضها لم يلزمه قبولها ، لانه لا يلزمه بناؤها قولا واحداً فلا يلزمه تبقيتها ببذل العوض . والله أعلم

(الشرح) قوله « يتد » مثل يعد ويزن ، وهو الفعل المسمى عند النحاة بالمثال تحذف فاء مضارعة .

أما الاحكام : فإن كان حيطان العلو لرجل وحيطان السفل لآخر ، والسقف بينهما فانهدم الجميع فليس لصاحب السفل أن يجبر صاحب العلو على البناء قولا واحداً ، لان حيطان السفل لصاحب السفل فلا يجبر غيره على بنائها ، وهل لصاحب العلو المطالبه بإجبار صاحب السفل على بناء السفل ؟ على القولين فى الحائط ، فإن قلنا بقوله القديم أجبر الحاكم صاحب السفل على البناء ، وان لم يكن له مال اقترض عليه من صاحب العلو ومن غيره وبنى له سقفه ، وكان ذلك دينا فى ذمته الى أن يوسر . وهكذا اذا بنى صاحب العلو حيطان السفل باذن صاحب السفل أو باذن الحاكم جاز ، وكانت حيطان السفل لصاحب السفل ، ولصاحب العلو أن يرجع بما أنفقه على حيطان السفل على صاحب السفل ، ثم يعيد علوه كما كان .

فان أراد صاحب العلو أن يبنى من غير إذن الحاكم وأذن صاحب السفل لم يمنع من ذلك لأنه يستحق الحمل على حيطان السفل . ولا يرجع بما انفق عليها لأنه متطوع ، فان بنى السفل بآلته كان ملكا لصاحب السفل كما كان ، ويرجع لصاحب العلو نقضها ، ولكن يعيد علوه عليها .

وإن بناه بآلة أخرى كانت الحيطان ملكا لصاحب العلو ، وليس لصاحب السفل أن يضع عليها شيئا ، ولا يتد فيها وتداً . ولكن له أن يسكن فى قرار السفل ، لأن ذلك قرار ملكه ، فان أراد صاحب العلو نقض ذلك كان له ذلك لأنه له أن يسكن فى قرار السفل ، لأن ذلك قرار ملكه . فان أراد صاحب العلو نقض ذلك كان له ذلك لأنه ملكه

فان بذل صاحب السفل ما أنفق ولا ينقض لم يجبر صاحب العلو على التبقية لانه لم يجبر على البناء فى الابتداء فلم يجبر على التبقية فى الانتهاء

(مسألة) قال الشافعى رضى الله عنه : ولو ادعى على رجل بيتاً فى يده فاصطلحا بعد الإقرار على أن يكون لأحدهما سطحه ، والبناء على جدرانه بناء معلوما فجائز ، واختلف أصحابنا فى صورة هذه المسألة ، فقال أبو العباس بن سريج وصورتها أن يدعى رجل على رجل داراً فى يده علوها وسفلها فيقر له بها ، ثم اصطلحا على أن يكون السفل والعلو للمقر له . ويبنى المقر على العلو بناء معلوما . فيصح الصلح ، ويكون ذلك فرعا للعارية وليس بصلح معاوضة ، لأن صلح المعاوضة إسقاط بعض حقه بعوض ، وهذا ترك بعض حقه بلا عوض ، لأنه ملك العلو والسفل بالاقرار ، ثم ترك المقر له للمقر العلو بغير عوض فيكون عارية له الرجوع فيها قبل البناء ، وليس له الرجوع بعد البناء ، كما قال الشافعى رضى الله عنه : إذا ادعى على رجل داراً فأقر له بها ثم صالحه منها على سكناها فلا يكون صلحا وإنما يكون عارية

ومنهم من قال صورتها أن يدعى رجل على رجل سفل بيت عليه علو ويقر أن العلو للمدعى ، فيقر المدعى عليه للمدعى بالسفل ، ثم اصطلحا على أن يكون السفل للمدعى عليه ، على أن المدعى يبنى على العلو غرفة معلومة البناء فيصح

قال الشيخ أبو حامد الاسفرايني : وهذا أصح التأويلين . وقال ابن الصباغ : الاول أشبه بكلام الشافعي رحمه الله تعالى .

(مسألة ثانية) اذا ادعى رجل دارا في يد رجلين فأقر له أحدهما بنصفها ، وانكر الآخر وجحد له . فصالح المقر المدعى عن نصف الدار على عوض وصار ذلك النصف للمقر ، فهل لشريكه المنكر أن يأخذ ذلك بالشفعة ؟

قال الشيخ أبو حامد : إن كان ملكا بجهتين مختلفتين ، مثل أن كان أحدهما ورث ما بيده والآخر ابتاع ما بيده ، فللشريك المنكر الشفعة ، لأن الجهتين إذا اختلفتا أمكن أن يكون نصيب أحدهما مستحقا ، فيدعيه صاحبه فيعطيه ثم يملكه بالصلح فتثبت فيه الشفعة .

وإن اتفقت جهة الملك لهما بالارث مثلا أو الابتياع . ففيه وجهان

(أحدهما) ليس للمنكر الاخذ بالشفعة ، لأنه يقر بأن أخاه أقر بنصف الدار بغير حق ولم يملكه بالصلح . وهذا يمنعه من المطالبة بالشفعة

(والثاني) له المطالبة بالشفعة وهو الصحيح ، لأنه قد حكم بنصفها للمقر له وحكم بأنه انتقل إلى المقر له بالصلح ؛ مع أنه يحتمل أن يكون قد انتقل اليه نصيب المقر من غير أن يعلم الآخر .

وأما ترتيب ابن الصباغ فيها فقال : إن كان إنكار المنكر مطلقا ، كأن أنكر ما ادعاه فله الاخذ بالشفعة . وان قال : هذه الدار لنا ورثناها عن أبينا ، فهل له الاخذ بالشفعة ؟ فيه وجهان

(مسألة ثالثة) قال الشافعي رضي الله عنه : إذا أقر أحد الورثة في دار في أيديهم بحق لرجل ثم صالحه منه على شيء بعينه فالصلح جائز ، والوارث المقر متطوع ولا يرجع على إخوته بشيء . واختلف أصحابنا في صورتها ، فمنهم من قال : صورتها أن يدعى رجل على جماعة ورثة لرجل دارا في أيديهم كان أبوهم قد غصبه إياها فأقر له أحدهم بذلك وقال صدقت في دعواك وقد وكلني شركائي على مصالحتك بشيء معلوم : فحكم هذا في حق شركائه حكم الاجنبي اذا صالح عن المدعى عليه عينا مع الانكار ، على ما مضى بيانه

وقال أبو علي الطبري : تأويلها أن يدعى رجل على جماعة ورثة دينا على

مورثهم ، وأن هذه الدار رهن عنده بالدين ، فيقر له أحدهم بصحة دعواه ويصالحه عن ذلك بشيء ، فحكمه حكم الأجنبي إذا صالح عن المدعى عليه بالدين مع إنكاره . قال لأن الشافعي رحمه الله قال : وأقر أحد الورثة فى دار فى أيديهم بحق . ولو أقر بالدار يقال : أقر بالدار ، وإنما أراد رهن الدار . وأيهما كان فقد مضى حكمه .

قال الشيخ أبو حامد : والتأويل الأول أصح ، وقد بين الشافعي رحمه الله ذلك فى الأم .

﴿ مسألة رابعة ﴾ قال الشافعي فى الأم : ولو ادعى رجل على رجل زرعا فى الأرض فصالحه من ذلك على دراهم فجائز ، وهذا كما قال : إذا ادعى رجل على رجل زرعا فى أرض فأقر له به فصالحه منه بعوض ، فان كان بشرط القطع صح الصلح ، وإن كانت الارض للمقر كان له تبقية الزرع ، لأن الزرع له ، والارض له . فان قيل هلا كان المدعى إجباره على القطع ، لأن له عوضاً فى ذلك ، وهو أنه ربما أصابته جائحة فرفعه الى الحاكم ، يرى إيجاب وضع الجوائح فيضمنه ذلك ؟

قال ابن الصباغ : فالجواب أن ذلك إنما يكون إذا لم يشرط القطع . فأما مع شرط القطع فلا يضمن البائع الجوائح ، وان صالحه من غير شرط القطع ، فان كانت الارض لغير المقر لم يصح الصلح ، وان كانت الأرض للمقر فهل يصح الصلح ؟ فيه وجهان مضى ذكرهما فى البيع

وان كان الزرع بين رجلين ؛ فادعى عليهما رجل به فأقر له أحدهما بنصفه وصالحه منه على عوض ، فان كانت الارض لغير المقر لم يصح ، سواء كان مطلقا أو بشرط القطع ، لانه ان كان مطلقا فلا يصح لانه زرع أخضر فلا يصح بيعه من غير شرط القطع ، وان كان شرط القطع لم يصح أيضا لان نصيبه لم يتميز عن نصيب شريكه ، ولا يجبر شريكه على قلع زرعه ، هكذا ذكر الشيخ أبو حامد وابن الصباغ ، وقد مضى ذكر أقوالهما فى البيوع

وذكر القاضي أبو الطيب أن ذلك يبنى على القولين فى القسمة ، هل هى بيع أو افراز حق ؟ وان كانت الارض للمقر — فان قلنا من اشترى زرعا فى أرضه

يصح من غير شرط القطع صح الصلح ههنا . وان قلنا لا يصح أن يشترى زرعا فى أرضه الا بشرط القطع لم يصح ههنا

(فرع) قال ابن الصباغ : وان ادعى على رجل زرعا فى أرضه فأقر له بنصفه ثم صالحه منه على نصفه على نصف الارض لم يجز ، لان من شرط بيع الزرع قطعه . وذلك لا يمكن فى المشاع : وان صالحه منه على جميع الارض بشرط القطع على أن يسلم اليه الارض فارغة صح . لان قطع جميع الزرع واجب نصفه بحكم الصلح والباقى لتفريغ الارض فأمكن القطع وجرى مجرى من اشترى أرضا فيها زرع وشرط تفريغ الارض فانه يجوز ، كذلك ههنا

وان أقر له بجميع الزرع وصالحه من نصفه على نصف الارض ليكون الزرع والارض بينهما نصفين ، وشرط القطع فى الجميع . فان كان الزرع زرع فى الارض بغير حق جاز الصلح لان الزرع يجب قطع جميعه ، وان كان الزرع زرع لحق لم يصح الصلح ، لانه لا يمكن قطع الجميع

وذكر الشيخ أبو حامد الاسفراينى فى التعليق أن أصحابنا قالوا : اذا كان له زرع أرض غيره فصالح صاحب الزرع صاحب الارض من نصف الزرع على نصف الارض بشرط القطع جاز ، لان نصف الزرع قد استحق قطعه بالشرط ، والنصف الاخر قد استحق أيضاً قطعه لانه يحتاج الى تفريغ الارض ليسلمها فوجب أن يجوز . قال وهذا ضعيف . أما النصف فقد استحق قطعه . وأما النصف الاخر فلا يحتاج الى قطعه . لانه يمكن تسليم الارض وفيها زرع

قال ابن الصباغ : ولان باقى الزرع ليس بمبيع فلا يصح شرط قطعه فى العقد ، ويفارق ماذكرناه اذا أقر بنصف الزرع وصالحه على جميع الارض ، لانه بشرط تفريغ المبيع ، والله أعلم وبه التوفيق ومنه العون سبحانه

قال المصنف رحمه الله تعالى :

كتاب الحوالة

تجوز الحوالة بالدين ، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « مطل الغنى ظلم ، فإذا أتبع أحدكم على ملىء فليتبع »

(الشرح) الحول : الحيلة أو القوة أو السنة ، وحال الغلام وحالت الدار أتى عليها الحول . وحالت القوس اعوجت ، وحال اللون تغير . والحال : الطاين . والتحول التنقل والاسم الحول ، ومنه قوله تعالى (لا يبغون عنها حولا) وذكر الأزهرى عن الزجاج أن الحول مصـــدر كالصغر ؛ وأحال الرجل أتى بالمحال . وأحال عليه بدينه ، والاسم الحوالة بفتح الحاء ، المحالة فى قولهم : لا محالة . أى لا بد . والملىء : الغنى الواسع الثراء ، ومن هنا تكون الحوالة نقل حق من ذمة إلى ذمة من قولهم · حولت الشيء من موضع إلى موضع إذا نقله اليه .

أما حديث أبى هريرة رضى الله عنه رواه البخارى ومسلم وأبو داود والنسائى والترمذى وابن ماجه باللفظ الذى ساقه المصنف ، ورواه أحمد بلفظ « مطل الغنى ظلم ؛ ومن أحيل على ملىء فليحتل »

وعند ابن ماجه من حديث ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم « مطل الغنى ظلم وإذا أحلت على ملىء فاتبعه » وإسناده : حدثنا اسماعيل بن توبة ثنـــا هشيم عن يونس بن عبيد عن نافع عن ابن عمر . واسماعيل بن توبة قال ابن أبى حاتم صدوق وبقية رجاله رجال الصحيح . وقد أخرجه الترمذى وأحمد أيضا

والحوالة لا تتم إلا بثلاثة أنفس ، محيل . وهو من يحيل بما عليه ، ومحتال . وهو من يحتال بما له من الحق ؛ ومحال عليه ، وهو من ينتقل حق المحتال اليـه . واختلفوا هل هى بيـع دين بدين ، ورخص فيه فاستثنى عن بيع الدين بالدين . أو هى استيفاء .

وقيل هى عقد إرفاق مستقبل ، ويشترط فى صحتها رضا المحيل بلا خلاف . والمحتال عند الأكثر ، والمحال عليه عند بعض ، ويشترط أيضاً تماثل التقدير

فى الصفات وأن يكون فى شىء معلوم ، ومنهم من خصها بالنقدين ومنها فى الطعام لأنها بيع طعام قبل أن يستوفى .

قوله « مطل الغنى » الجمهور على أنه من إضافة المصدر الى الفاعل ، والمعنى أنه يحرم على الغنى القادر أن يمطل صاحب الدين ، بخلاف العاجز . وقيل هو من إضافة المصدر الى المفعول ، أى يجب على المستدين أن يوفى صاحب الدين . ولو كان المستحق للدين غنياً فإن مطله ظلم ، فكيف إذا كان فقيراً ، فإنه يكون ظلما بالأولى ، ولا يخفى بُعد هذا . كما قال الحافظ بن حجر

والمطل فى الأصل المد . وقال الأزهرى : المدافعه

قال الحافظ ابن حجر فى فتح البارى : والمراد هنا تأخير ما استحق أداؤه بغير عذر .

قوله « وإذا أتبع » بهمز القطع وإسكان التاء المثناة الفوقية على البناء للمجهول قال الإمام النووى : هذا هو المشهور فى الرواية واللغة . وقال القرطبى: أما أتبع فبضم الهمزة وسكون التاء مبنيا لما لم يسم فاعله عند الجميع . وأما فليتبع فالأكثر على التخفيف . وقيده بعضهم بالتشديد ، والأول أجود ، وتعقب الحافظ ما ادعاه من الاتفاق . بقول الخطابى : إن أكثر المحدثين يقولونه . يعنى اتبع بتشديد التاء والصواب التخفيف . والمعنى اذا أحيل فليحتل كما وقع فى الرواية الأخرى

قوله « على ملىء » قيل هو بالهمز ، وقيل بغير همز . ويدل على ذلك قول الكرمانى : الملىء كالغنىّ لفظا ومعنى

وقال الخطابى : إنه فى الاصل بالهمز . ومن رواه بتركها فقد سهله

قوله « فاتبعه » قال الحافظ بن حجر : هذا بتشديد التاء بلا خلاف

(قلت) وحديث أبى هريرة وحديث ابن عمر يدلان على أنه يجب على من أحيل بحقه على ملىء أن يحتال . والى هذا ذهب أهل الظاهر وأكثر الحنابلة وأبو ثور وابن جرير ، وحمله الجمهور على الاستحباب . قال ابن حجر: ووهم من نقل فيه الإجماع .

وقد اختلف فى المطل من الغنى هل هو كبيرة أم لا ؟ وقد ذهب الجمهور الى أنه موجب للفسق ، واختلفوا هل يفسق بمرة أو يشترط التكرار ؟ وهل تعتبر

الطلب من المستحق أم لا ؟ قال فى فتح البارى : وهل يتصف بالمطل من ليس القدر الذى عليه حاضرا عنده ، لكنه قادر على تحصيله بالتكسب مثلا ؟ قولان عندنا (أولهما) عدم الوجوب (والثانى) الوجوب مطلقا ، وفصل أصحاب قول ثالث بين أن يكون أصل الدين بسبب يعصى به فيجب وإلا فلا . قال الشوكانى : والظاهر الأول لأن القادر على التكسب ليس بملىء ، والوجوب إنما هو عليه فقط ، لأن تعليق الحكم بالوصف مشعر بالعلية .

قال المصنف رحمه الله :

(فصــــل) ولا تجوز إلا على دين يجوز بيعه ، كعوض القرض ، وبدل المتلف ، فأما مالا يجوز بيعه كدين السلم ومال الكتابة فلا تجوز الحوالة به : لان الحوالة بيع فى الحقيقة ، لأن المحتال يبيع ماله فى ذمة المحيل بما له فى ذمة المحال عليه ، والمحيل يبيــع ماله فى ذمة المحال عليه بما عليه من الدين ، فلا يجوز إلا فيما يجوز بيعــه .

(الشرح) الاحكام : تجوز الحوالة بعوض القرض وبدل المتلف ، لأنه حق ثابت مستقر فى الذمة ، فجازت الحوالة به كبيعه

قال الشيخ أبو حامد الاسفرايينى : وتجوز الحوالة بثمن المبيــع لأنه دين مستقر . وهل تجوز الحوالة بالثمن فى مدة الخيار؟ فيه وجهان حكاهما ابن الصباغ (أحدهما) وهو قول القاضى أبى حامد : لا تصح الحوالة به لأنه ليس بثابت . (والثانى) يصح لأنه يؤول الى اللزوم

ولا تجوز الحوالة بالمبيــع لأنه غير مستقر ، لأنه قد يتلف قبل القبض فيبطل البيع فيه .

(فرع) ولا تجوز الحوالة بدين السلم ولا عليه ، لأن دين السلم غير مستقر لانه يعرضه للفسخ انقطاع المسلم فيه ، ولا تصح الحوالة به لانها لم تصح إلا فيما يجوز أخذ العوض عنه والسلم لا يجوز أخذ العوض عنه ، وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم « من أسلم فى شىء فلا يصرفه الى غيره »

وأما المكاتب إذا حصلت عليه ديون لغير سيده من المعاملة ، وله ديون جاز

أن يحيل بعض غرمائه على بعض ، وجاز لغرمائه أن يحيلوا عليه بمالهم فى ذمته . لان الحق ثابت فى ذمته . وأما ما فى ذمته من مال الكتابة فلا يجوز لسيده أن يحيل به عليه ، لانه غير مستقر ، لان له أن يعجز نفسه متى شاء ، فلا معنى للحوالة به . وإن أراد المكاتب أن يحيل سيده بمال الكتابة الذى عليه على غريم للمكاتب قال ابن الصباغ صحت الحوالة .

(قلت) وقد قال أصحاب أحمد كقولنا فى كل ما ذكرنا وفى الدين على المكاتب وله حكمه حكم الاحرار ، وكذلك ما فى ذمته من مال الكتابة له أن يحيل سيده على غرمائه وتبرأ ذمته من مال الكتابة بهذه الحوالة ، ويكون ذلك بمنزلة القبض ، ولا صح لسيده أن يحيل مال الكتابة إلى غرمائه لأنه يستطيع أن يعجز نفسه .

واشترط صاحب المجموع أن يكون النجم قد حل لانه بمنزلة أن يقضيه ذلك من يده ، وان كان لسيده عليه مال من جهة المعاملة فهل يجوز للسيد أن يحيل غريماً له عليه ، فيه وجهان حكاهما الطبرى (أحدهما) يصح . ولم يذكر ابن الصباغ غيره . لأنه دين لازم (والثانى) لا يصح لانه قد يعجز نفسه فيسقط ما فى ذمته لنفسه من دين المعاملة وغيرها ، لان السيد لا يثبت له مال على العبد قال الصيمرى : وان أحاله رجل على عبده — فإن كان مأذونا له فى التجارة — جاز ، وان كان غير مأذون ففيه وجهان ، الاصح لا تصح الحوالة

(فرع) اذا أحالت المرأة على زوجها بصداقها قبل الدخول لم يصح لانه دين غير مستقر ، وان أحالها الزوج به صح ، لانه له تسليمه اليها وحوالته به تقوم مقام تسليمه . وان أحالت به بعد الدخول صح لانه مستقر

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) واختلف أصحابنا فى جنس المال الذى تجوز به الحوالة ، فمنهم من قال لا تجوز الا بما له مثل ، كالأثمان والحبوب وما أشبهها ، لان القصد بالحوالة اتصال الغريم الى حقه على الوفاء من غير زيادة ولا نقصان ، ولا يمكنه ذلك الا فيما له مثل ؛ فوجب أن لا يجوز فيما سواه ، ومنهم من قال تجوز فى كل ما يثبت

فى الذمة بعقد السلم كالثياب والحيوان ، لأنه مال ثابت فى الذمة يجوز بيعه قبل القبض ، لجازت الحوالة به كذوات الأمثال .

(فصل) ولا تجوز الا بمال معلوم ، لأنا بينا أنه بيع فلا تجوز فى مجهول واختلف أصحابنـا فى ابل الدية ، فمنهم من قال لا تجوز . وهو الصحيح لأنه مجهول الصفة فلم تجز الحوالة به كغيره . ومنهم من قال تجوز لأنه معلوم العـدد والسن لجازت الحوالة به .

(الشرح) الأحكام : تجوز الحوالة بالدراهم والدنانير وبما له مثل كالطعام والأدهان ، وما استحدث فى عصرنا هذا من صناعات بخارية وكهربية كالسيارة والثلاجة والغسالة والمرناة (التلفزيون) والمذياع بشرط أن تكون جديدة محددة الصفات حتى تتحقق المثلية ، فإذا كانت مستعملة وأمكن تحديد الهرش من حيث زمن الاستعمال وقدر الهرش وضبطه ووجد المثيل بشهادة الخبير الامين من غير زيادة أو نقصان جازت الحوالة ، لأن القصد بالحوالة ايفاء الغريم حقه من غير زيادة ولا نقصان ، وذلك يحصل بما ذكرناه .

وهل تصح الحوالة بمالا مثل له مما يضبط بالصفة كالثياب والحيوان والعروض التى يصح السلم عليها ؟ فيه وجهان (أحدهما) يصح ، لأنه مال ثابت فى الذمة مستقر فصحت الحوالة به ، كالدراهم والدنانير

(والثانى) لا يصح ، لأن المثل فيه لا ينحصر ، ولهذا لا يضمن بمثله فى الإتلاف . فإذا قلنا بهذا لم تجز الحوالة بإبل الدية . واذا قلنا بالاول فهل تصح الحوالة بإبل الدية . فيه وجهان مخرجان من القولين للشافعى رضى الله عنه : اذا جنت امرأة على رجل موضحة فتزوجها على خمس من الإبل فى ذمتها له أرش جنايتها عليه . وكذلك قال فى الصلح : اذا كان له فى ذمته أرش جناية خمس من الإبل فصالح عنها ، فهل يصح . فيه قولان (أحدهما) يصح لانه دين مستقر فى الذمة معلوم العدد والسن .

(والثانى) لا يصح وهو الصحيح ، لأنها مجهولة الصفة ، لا يتعين على من وجبت عليه أن يسلمها بخصوصها

وقال أصحاب أحمد لا تصح الحوالة فيما لا يصح السلم فيه ، لأنه لا يثبت فى الذمة ؛ ومن شرط الحوالة تساوى الدينين ، فأما ما يثبت فى الذمة سوى غير المثليات كالمذروع والمعدود ، ففى صحة الحوالة به وجهان (أحدهما) لا تصح لان المثل فيه لا يتحرر ، ولهذا لا يضمنه بمثله فى حالة الإتلاف

(الثانى) تصح ، ذكره القاضى من الحنابلة

قال المصنف رحمه الله :

(فصـــل) ولا تجوز الا أن يكون الحقان متساويين فى الصفة والحلول والتأجيل ، فإن اختلفا فى شىء من ذلك لم تصح الحوالة ، لأن الحوالة ارفاق كالقرض ، فلو جوزنا مع الاختلاف صار المطلوب منه طلب الفضل ، فتخرج عن موضوعها ، فان كان لرجل على رجلين ألف على كل واحد منهما خمسمائة ، وكل واحد منهما ضامن عن صاحبه خمسمائة ، فأحال عليهما رجلا له عليه ألف ، على أن يطالب من شاء منهما بألف ، ففيه وجهان

(أحدهما) تصح ، وهو قول الشيخ أبى حامد الاسفراينى رحمه الله ، لأنه لا يأخذ الا قدر حقه .

(والثانى) لا تصح ، وهو قول شيخنا القاضى أبى الطيب رحمه الله ، لأنه يستفيد بالحوالة زيادة فى المطالبة . وذلك لا يجوز ؛ ولأن الحوالة بيع فإذا خيرناه بين الرجلين صار كما لو قال « بعتك أحد هذين العبدين »

(الشرح) ولا تصح الحوالة الا ان كان الحقان من جنس واحد ، فإن كان عليه لرجل دنانير فأحاله بها على رجل له عليه دراهم ، أو حال من له عليه حنطة على من له شعير أو ذرة لم تصح الحوالة ، لان موضوع الحوالة أنها لا تفتقر الى رضى المحال عليه ، فلو صححناها بغير جنس الحق لاشترط فيها رضاه ، لأنه لا يجبر على تسليم غير الجنس الذى عليه ، ولان الحوالة تجرى مجرى المقاصة ، لأن المحيل سقط ما فى ذمته بما له فى ذمة المحال عليه ، ثم المقاصة لا تصح من جنس بجنس آخر وكذلك الحوالة ، ولا تصح الحوالة الا ان كان الحقان من نوع

واحد لما ذكرناه فى الجنس . فإن كان له على رجل ألف صحاح ، فأحاله بها على من له عليه ألف مكسرة ، أو كان بالعكس من ذلك لم تصح الحوالة ، لان الحوالة فى الحقيقة بيع دين بدين ، وبيع الدراهم بالدراهم صرف من شرطه القبض فى المجلس إلا ان جوزنا تأخير القبض فى الحوالة ، لأنه عقد إرفاق معروف ، فإذا دخل فيه الفضل صار بيعاً وتجارة ، وبيع الدين بالدين لا يجوز . ألا ترى أن القرض فى الحقيقة صرف ، لأنه يعطى درهم بدرهم ، ولكن جوز تأخير القبض فيه لأنه إرفاق . ولو قال أقرضتك هذه الدراهم المكسرة لترد ها على صحاحا لم يصح . وكذلك هذا مثله .

(فرع) وإن كان لرجل على رجلين ألف درهم كل واحد خمسمائة ، وكل واحد منهما ضامن عن صاحبه ، فأحاله أحدهما على آخر بالف برئت ذمتهما عما له عليهما وإن أحال عليهما رجلا له عليه ألف ليأخذ من كل واحد منهما خمسمائة صح . وإن أحاله عليهما على أن يطالب من شاء منهما بالالف فهل تصح الحواله ، فيه وجهان حكاهما أبو العباس بن سريج (أحدهما) تصح الحوالة ، وهو اختيار الشيخ أبى حامد الاسفرايينى ، لان المحتال لا يأخذ الا قدر حقه ، لان الزيادة انما تكون فى القدر أو الصفة ، ألا ترى أنه يجوز أن يحيل على من هو أملأ منه

(والثانى) لا تصح الحوالة ، وهو اختيار القاضى أبى الطيب لأنه يستفيد بهذه الحوالة زيادة فى المطالبة ، لأنه كان يطالب واحدا فصار يطالب اثنين ، ولان الحوالة بيع فإذا كان الحق على اثنين كان المقبوض منه منهما مجهولا فلم يصح والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ولا تجوز الحوالة الا على من له عليه دين ، لأنا بينا أن الحوالة بيع ما فى الذمة بما فى الذمة ، فإذا أحال من لا دين له عليه كان بيع معدوم فلم تصح . ومن أصحابنا من قال تصح اذا رضى المحال عليه ، لأنه تحمل دين يصح اذا كان عليه مثله فصح ، وان لم يكن عليه مثله كالضمان فعلى هذا يطالب المحيل

بتخليصه ، كما يطالب الضامن المضمون عنه بتخليصه ، فإن قضاه بإذنه رجع على المحيل ، وإن قضاه بغير إذنه لم يرجع .

(الشرح) الأحكام : إذا كان لرجل على رجل حق فأحاله على من لا حق عليه : فإن لم يقبل المحال عليه الحوالة لم تصح الحوالة ولم يبرأ المحيل لأنه لا يستحق شيئا على المحال عليه . وإن قبل المحال عليه الحوالة فهل تصح الحوالة فيه وجهان (أحدهما) لا تصح . وهو قول أكثر أصحابنا ، وهو ظاهر كلام المزنى لأن الحوالة معاوضة ، فإذا كان لا يملك شيئا فى ذمة المحال عليه لم يصح ، كما لو اشترى شاة حية بشاة ميتة . ولأنه لو أحال على من له عليه دين غير لازم أو غير مستقر أو مخالف لصفة دينه لم يصح ، فلأن لا تصح الحوالة على من لا دين له عليه أولى (والثانى) تصح الحوالة . وهو قول أبى حنيفة وأصحابه ، لأن المحال عليه إذا قبل الحوالة صار كأنه قال لصاحب الحق أسقط عنه حقك وأبرئه وعلىّ عوضه . ولو قال ذلك للزمه لأنه استدعى إتلاف ملك بعوض فكذلك هذا مثله فإذا قلنا بهذا فللمحال عليه أن يطالب المحيل بتخليصه ، كما يطالب الضامن المضمون عنه بتخليصه .

وإن قبض المحتال الحق من المحال عليه بإذن المحيل ، ثم وهبه المحتال للمحال عليه فهل يرجع المحال عليه على المحيل بشيء ، فيه وجهان (أحدهما) لا يرجع عليه بشيء ، لأنه لم يغرم شيئا ، لأن ما دفع اليه رجع اليه (والثانى) يرجع عليه وهو المذهب ، لأنه قد غرم : وإنما رجع عليه بسبب آخر . وان كان عليه حق مؤجل فأحال به على رجل لا شيء له عليه ، وقبل المحال عليه الحوالة — وقلنا تصح — فإن قضاه المحال عليه الحق فى محله بإذن المحيل رجع عليه ، وإن قضاه قبل حلول الحق لم يرجع على المحيل قبل محل الدين ، لأنه متطوع بالتقديم

فإن اختلف المحيل والمحال عليه فقال المحال عليه : أحلت علىّ ولا حق لك علىّ ، فأنا أستحق الرجوع عليك لأنى قضيت بإذنك ، وقال المحيل : بل أحلت بحق لى عليك ، فالقول قول المحال عليه مع يمينه ، لأن الأصل براءة ذمته من الدين . والله أعلم

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) ولا تصح الحوالة من غير رضا المحتال ، لأنه نقل حق من ذمة إلى غيرها فلم يجز من غير رضا صاحب الحق ، كما لو أراد أن يعطيه بالدين عينا ، وهل تصح من غير رضا المحال عليه . ينظر فيه فإن كان على من لا حق له عليه وقلنا انه تصح الحواله على من لا حق له عليه لم تجز الا برضـاه ، وإن كان على من له عليه حق ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبي سعيد الاصطخرى واختيار المزنى أنه لا تجوز الا برضاه لأنه أحد من تتم به الحوالة فاعتبر رضاه فى الحوالة كالمحتال (والثانى) وهو المـذهب أنه تجوز ، لأنه تفويض قبض فلا يعتبر فيه رضى من عليه ، كالتوكيل فى قبضه ، ويخالف المحتال فإن الحق له فلا ينقل بغير رضاه كالبائع ، وههنا الحق عليه فلا يعتبر رضاه كالعبد فى البيع

(الشرح) الأحكام : اعتبار رضى المحتال ، هو مذهبنا ومـذهب مالك رضى الله عنه . وقال أحمد وأصحابه وداود وأهل الظاهر : لا يعتبر الرضا . قال الخرقى ومن أحيل بحقه على ملىء فواجب عليه أن يحتال

وقال ابن قدامة ، قال أحمد فى تفسير الملىء « كأن الملىء عنده أن يكون مليئا بماله ، وقوله وبدنه ونحو هذا ، فاذا أحيل على من هذه صفته لزم المحتال والمحال عليه القبول ولم يعتبر رضاهما . وقال أبو حنيفة يعتبر رضاهما ، لأنها معاوضة فيقتضى الرضا من المتعاقدين .

(قلت) ودليل أحمد وداود وأهل الظاهر قوله صلى الله عليه وسـلم « اذا أحيل على ملىء فليحتل » وهذا أمر ، والامر يقتضى الوجوب

أما دليلنا فان الحق قد تعلق بذمة المحيل فلا يملك نقله الى غير ذمته بغير رضا من له الحق ، كما لو تعلق بعين فليس له أن ينقله الى عين أخرى بغير رضا من له الحق . وأما الحديث فمحمول على الاستحباب وأما المحيل فان البغداديين من أصحابنا قالوا يعتبر رضاه لأن الحق عليه فلا يتعين عليه جهة قضائه ، كما لو كان له دراهم فى كيسه فليس لصاحب الحق أن يطالب باجباره على أن يقضيه حقه من كيس معين .

على مفلس وكان حقـه نائياً عن المحيل هل ن يزداد بذلك الا خيراً ان أيسر المفلس ، والا لحقه حيث كان ، ولا يجوز الا أن يكون فى هذا . ثم قال :

أما قولنا : اذا برئت من حقك وضمنه غيرى فالبراءة لا ترجع الى أن تكون مضمونة ، واما لا تكون الحوالة جائزة ، فكيف يجوز أن أكون بريئاً من دينك اذا أحلتك لو حلفت وحلفت ما لك علىّ حق بررنا ، فان أفلس عدت على بشىء بعد أن برئت منه بأمر قد رضيت به جائزاً بين المسلمين

واحتج محمـد بن الحسن بأن عثمان قال فى الحوالة والكفالة : يرجع صاحبه لا توى على مسلم ، وهو فى أصل قوله يبطل من وجهين ، ولو كان ثابتاً عن عثمان لم يكن فيه حجة ، انما شك فيه عثمان . ولو ثبت ذلك عن عثمان احتمل حديث عثمان خـلافه .

واذا أحال الرجل على الرجل بالحق فأفلس المحال عليه أو مات ولا شىء له لم يكن للمحتال أن يرجع على المحيل ، من قبل أن الحوالة تحول حق من موضعه الى غيره ، وما تحول لم يعد ، والحوالة مخالفة للحمالة ، ما تحول عنه لم يعد الا بتجديد عودته عليه ، ونأخذ المحتال عليه دون المحيل بكل حال . اه

قال أصحابنا : ولأن عموم الخبر يدل على أنه يتبع أبداً ، وان مات مفلساً أو جحد لخلاف .

وروى أن جد سعيد بن المسيب كان له على علىّ بن أبى طالب رضى الله عنه حقاً فسأله أن يحيل به على رجل فأحاله به عليه فمات المحال عليه فعاد جد سعيد يسأل علياً رضى الله عنه حقه فقال له على : اخترت علينا غيرنا أبعدك الله . فثبت أنه اجماع لأنه لم ينكر على على رضى الله عنه أحد من الصحابة رضى الله عنهم ، ولأنه لا يخلو اما أن يكون بالحوالة سقط حقه من ذمة المحيل ، أو لم يسقط ، فان لم يسقط حقه عنه كان له الرجوع عليه ، سواء مات المحال عليه أو لم يمت ، وسواء أفلس أو لم يفلس .

وان كان قد سقط حقه عنه فكيف يرجع بالاعسار والجحود . لأن الحوالة كالقبض للحق فلم يرجع على المحيل ، كما لو قبض عن حقه عوضا فتلف فى يده .

(فرع) اذا كان عليه دين لرجل فأحاله على من له عليه دين : ثم ان المحيل

إلى ذمة ، فيجب أن يعطى كل لفظ ما يقتضيه ، إذا ثبت أن الحق انتقل من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه ، فإن الحق لا يعود إلى ذمة المحيل بافلاس المحال عليه ، ولا بموته ، ولا بجحوده ويمينه ، وبه قال مالك والليث وأحمد رضى الله عنهم وروى ذلك عن على كرم الله وجهه .

وقال أبو حنيفة : يرجع اليه فى حالين ، إذا مات المحال عليه مفلسا ؛ وإذا جحد الحق وحلف .

وقال أبو يوسف ومحمد : يرجع اليه فى هذين الحالين ، وفى حالة ثالثة إذا أفلس المحال عليه ، وحجر عليه . وقال الحكم : يرجع عليه فى حالة واحدة إذا مات المحال عليه مفلسا ، وأيس من الوصول الى حقه لقوله صلى الله عليه وسلم « مطل الغنى ظلم وإذا أتبع على ملىء فليتبع » .

وقال أصحاب أحمد رضى الله عنه : لأنه شرط ما فيه المصلحة للعقد فى عقد معاوضة . فيثبت الفسخ بفواته ويرجع على المحيل ، كما لو شرط صفة فى المبيع وقد يثبت بالشرط مالا يثبت باطلاق العقد ، بدليل اشتراط صفة فى المبيع .

وقال الشافعى رضى الله عنه : فلما ندب المحتال إلى إتباع المحال عليه بشرط أن يكون المحال عليه مليئا علم أن الحق يتحول عن المحيل إلى ذمة المحال عليه تحولا يمنع المحتال من الرجوع إلى المحيل إذ لو كان له الرجوع اليه لم يكن لعقد هذا الشرط ضرورة .

وقال الربيع بن سليمان : أخبرنا الشافعى فى الاملاء قال . والقول عندنا — والله أعلم — ما قال مالك بن أنس ، ان الرجل إذا أحال الرجل على الرجل بحق له ، ثم أفلس المحال عليه أو مات لم يرجع المحال على المحيل أبداً . فان قال قائل ما الحجة فيه ؟

قال مالك بن أنس أخبرنا عن أبى الزناد عن الأعرج عن أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « مطل الغنى ظلم ، وإذا أتبع أحدكم على ملىء فليتبع » فان قال قائل . وما فى هذا مما يدل على تقوية قولك . قيل . أرأيت لو كان المحال يرجع على المحيل كما قال محمد بن الحسن إذا أفلس المحال عليه فى الحياة أو مات مفلسا ، هل يصير المحال على من أحيل ، أرأيت لو أحيل

اليه ، وأما المندوب اليه الرفق لقوله صلى الله عليه وسلم فى القرض « قرض درهم خير من صدقة » ولان الحوالة لو كانت بيعا لدخل فيها الفضل ، ولما صحت بالدين ومنهم من قال . ان الحوالة بيع ، لأن البيع ضربان . ضرب بلفظ البيع فيدخله الربح والفضل والمغابنة . وضرب منه بغير لفظ البيع القصد منه الرفق فلا يدخله الفضل والمغابنة ، ولا يقتضى التمليك كالبيع . لأن المحيل يملك المحتال ماله فى ذمة المحال عليه الا أنهما اختلفا فى الاسم ليعرف به المطلوب من كل واحد منهما

فاذا قلنا : انها رفق لم يدخلها خيار المجلس كالقرض . واذا قلنا : انها بيع دخلها خيار المجلس فى الصرف . وأما خيار الثلاث فلا يدخلها بالاجماع ، وعندى أن الوجهين فى الحوالة على من لا حق له عليه برضا المحال مأخوذان من هذا ، فاذا قلنا . ان الحوالة رفق صحت ، وان قلنا . انها بيع لم تصح .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ وان أحاله على ملىء فأفلس أو جحد الحق وحلف عليه لم يرجع الى المحيل : لانه انتقل حقه الى مال يملك بيعه فسقط حقه من الرجوع ، كما لو أخذ بالدين سلعة ثم تلفت بعد القبض . وان احاله على رجل بشرط أنه ملىء وبان أنه معسر . فقد ذكر المزنى أنه لا خيار له ، وأنكر أبو العباس هذا . وقال له الخيار ، لانه غره بالشرط فثبت له الخيار ، كما لو باعه عبداً بشرط أنه كاتب ثم بان أنه ليس بكاتب . وقال عامة أصحابنا . لا خيار له ، لأن الاعسار نقص ، فلو ثبت به الخيار لثبت من غير شرط كالعيب فى المبيع ، ويخالف الكتابة ، فان عدم الكتابة ليس بنقص ، وانما هو عدم فضيلة ، فاختلف الأمر فيه بين أن يشرط وبين أن لا يشرط .

(الشرح) الاحكام . اذا أحال بالحق انتقل الدين من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه . وبرئت ذمة المحيل . وهو قول العلماء كافة . وقال زفر . لا ينتقل الحق من ذمة المحيل ، وانما يكون له مطالبة أيهما شاء كالضمان .

دليلنا : أن الحوالة مشتقة من تحويل الحق ، والضمان مشتق من ضم ذمة

وأما الخراسانيون فقالوا : هل يعتبر رضا المحيل ؟ فيه وجهان . وصورتها أن يقول المحتال عليه لرجل أحلتك على نفسى بالحق الذى لك على فلان ، فاذا قال : قبلت ؛ فهل يصح ؟ على الوجهين بناء على الوجهين فيما لو قال : ضمنت عنه بشرط أن تبرئه .

وعندى أن هذين الوجهين انما يتصوران فى المحال عليه ، اذا لم يكن عليه حق للمحيل — وقلنا : تصح الحوالة على من لا حق له عليه برضاه — فأما اذا كان عليه حق للمحيل فهل يعتبر فى صحة الحوالة ؟ فيه وجهان .

أحدهما : وهو قول ابن القاص وأبى سعيد الخدرى وأبى سعيد الاصطخرى أن الحوالة لا تصح الا برضاه ، وهو قول الزهرى ، لانه أحد من تتم به الحوالة فاعتبر رضاه كالمحيل والمحتال .

والثانى : وهو المذهب أن الحوالة تصح من غير رضاه ، لان المحيل أقام المحتال مقامه فى القبض فلم يعتبر رضا من عليه الحق ، كما لو وكل من له الحق وكيلا فى القبض ، فانه لا يعتبر رضا من عليه الحق .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) اذا أحال بالدين انتقل الحق الى المحال عليه ، وبرئت ذمة المحيل لأن الحواله اما أن تكون تحويل حق أو بيع حق ، وأيهما كان وجب أن تبرأ به ذمة المحيل .

(فصل) ولا يجوز شرط الخيار فيه ، لانه لم يبن على المغابنة فلا يثبت فيه خيار الشرط ، وفى خيار المجلس وجهان (أحدهما) يثبت لأنه بيع فيثبت فيه خيار المجلس كالصلح (والثانى) لا يثبت ، لأنه يجرى مجرى الابراء ، ولهذا لا يجوز بلفظ البيع ، فلم يثبت فيه خيار المجلس ،

(الشرح) الاحكام : قال الشيخ أبو حامد . اختلف أصحابنا فى الحوالة هل هى بيع أو رفق ، على وجهين ، فمنهم من قال . انها رفق لقوله صلى الله عليه وسلم « فاذا أحيل أحدكم على ملىء فليحتل » فندب الى الحوالة والبيع مباح لا مندوب

قضى المحتال صح القضاء ، ولا يرجع المحيل على المحال عليه بشيء ، اذا قضى بغير اذنه . وقال أبو حنيفة رضى الله عنه وأصحابه : يكون له الرجوع عليه .

دليلنا أن الحوالة قد صحت ، وانما يتبرع بالقضاء ، فلم يرجع عليه بشيء ، ولأنه لا يملك ابطال الحوالة فكان بدفعه متبرعا ، كما لو قضى عنه أجنبي .

(فرع) فان أحاله على رجل ولم يشرط أنه مليء أو معسر فبان أنه معسر لم يرجع المحتال على المحيل سواء علم باعساره أو لم يعلم ، وبه قال أبو حنيفة . وقال مالك اذا لم يعلم باعساره كان له الرجوع على المحيل

دليلنا أن الإعسار لو حدث بعد الحوالة وقبل القبض لم يثبت للمحتال الخيار فكذلك اذا ثبت أنه معسر حال العقد ، وأما اذا أحاله على رجل بشرط أنه مليء قال الشيخ أبو حامد ، فان قال أحلتك على فلان الموسر أو على فلان وهو موسر فقبل الحوالة ، ثم بان أنه معسر فقد روى المزنى عن الشافعي أنه لا يرجع على المحيل أبداً ، سواء كان المحال عليه غنيا أو فقيراً أفلس أو مات معدما ، غره أو لم يغره .

واختلف أصحابنا فيه ، فقال أبو العباس بن سريج له أن يرجع على المحيل كما لو باعه سلعة بشرط أنها سليمة من العيب فبانت بخلافها ، قال وما نقله المزنى فلا أعرفه للشافعي رحمه الله فى شيء من كتبه . وقال أكثر أصحابنا ليس له أن يرجع عليه كما نقله المزنى ، لأن الإعسار لو كان غنيا فى الحوالة لثبت له به الخيار من غير شرط كالعيب فى المبيع ، ولأن التفريط فى البيع من جهة البائع حيث لم يبين العيب فى سلعته . فاذا لم يبين ثبت للمشترى الخيار . والتفريط ههنا من جهة المحتال حيث لم يختبر حال المحال عليه

ولأن السلامة حق للمشترى فاذا وجدها ناقصة كان له الرجوع الى الثمن . وليس كذلك ذمة المحال عليه لأنها ليست بنفس حق المحتال وانما هي محل لحقه فوجود الاعسار بذمة المحال عليه ليس بنقصان فى حقه ، وانما يتأخر حقه ، ألا ترى أنه قد يتوصل الى حقه من هذه الذمة الخربة . بأن يوسر أو يستدين فيقضيه حقه بخلاف المبيع اذا وجده معيبا . والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وإن اشترى رجل من رجل شيئا بألف . وأحال المشترى البائع على رجل بالألف ، ثم وجد بالمبيع عيبا فرده فقد اختلف أصحابنا فيه . فقال أبو على الطبرى : لا تبطل الحوالة ، فيطالب البائع المحال عليه بالمال ويرجع المشترى على البائع بالثمن لأنه تصرف فى أحد عوضى البيع فلا يبطل بالرد بالعيب كما لو اشترى عبداً بثوب وقبضه وباعه ، ثم وجد البائع بالثوب عيبا فرده .

وقال أبو إسحاق تبطل الحوالة ، وهو الذى ذكره المزنى فى المختصر ، فلا يجوز للبائع مطالبة المحال عليه ، لأن الحوالة وقعت بالثمن ، فإذا فسخ البيع خرج المحال به عن أن يكون ثمناً فإذا خرج عن أن يكون ثمنا ولم يتعلق به حق غيرهما وجب أن تبطل الحوالة ويخالف هذا إذا اشترى عبداً وقبضه وباعه لأن العبد تعلق به حق غير المتبايعين وهو المشترى الثانى ، فلم يمكن إبطاله ، والحوالة لم يتعلق بها حق غيرهما ، فوجب إبطالها . وإن أحال الزوج زوجته بالمهر على رجل ، ثم ارتدت المرأة قبل الدخول ففى الحوالة وجهان بناء على المسئلة قبلها .

وإن أحال البائع رجلا على المشترى بالألف ، ثم رد المشترى المبيع بالعيب لم تبطل الحوالة وجها واحداً ، لأنه تعلق بالحوالة حق غير المتعاقدين ، وهو الاجنبى المحتال ، فلم يجز إبطالها .

(الشرح) الأحكام : اذا اشترى رجل من رجل سيارة بألف ثم أحال المشترى البائع بالألف على رجل عليه للمشترى ألف ، ثم وجد المشترى بالسيارة عيبا فردها . فإن ردها بعد قبض البائع مال الحوالة انفسخ البيع ولم تبطل الحوالة بلا خلاف على المذهب . بل تثبت فى ذمة المحال عليه ويرجع المشترى على البائع بالثمن . وان رده قبل قبض البائع مال الحوالة فقد ذكر المزنى فى المختصر أن الحوالة باطلة . وقال فى الجامع الكبير الحوالة ثابتة .

واختلف أصحابنا فيها على أربع طرق . فقال أبو العباس بن سريج وأبو على ابن أبى هريرة : تبطل الحوالة كما ذكر فى المختصر . لأن الحوالة وقعت بالثمن

فإذا رد المبيع بالعيب انفسخ البيع فسقط الثمن فبطلت الحوالة . وقال أبو على فى الإفصاح : لا تبطل الحوالة كما ذكر فى الجامع الكبير ، لأن الحوالة كالقبض فلم تبطل برد المبيع ، كما لو قبض المحتال مال الحوالة ثم وجد المشترى بالمبيع عيبا فرده ولأن المبتاع دفع الى البائع بدل ماله فى ذمته وعاوضه بما فى ذمة المحال عليه ، فإذا انفسخ العقد الاول لم ينفسخ الثانى ، كما لو أعطاه بالثمن ثوباً وسلمه اليه ثم وجد بالمبيع عيبا فرده فإن العقد لا ينفسخ فى الثوب

ومنهم من قال هى على حالين . فحيث قال الحوالة باطلة أراد إذا رد المبيع قبل أن يقبض البائع مال الحوالة . وحيث قال الحوالة لا تبطل أراد إذا رد المبيع بعد قبض البائع مال الحوالة . ومنهم من قال هى على حالين أخريين . فحيث قال تبطل الحوالة أراد اذا ادعى المشترى وجود العيب فصدقه البائع ، لأن الحوالة تمت بهما جميعاً فانحلت بهما . وحيث قال لا تبطل أراد دعوى المشترى أن العيب كان موجوداً حال العقد وقال البائع بل حدث فى يدك وكان مما يمكن حدوثه فلم يحلف البائع وحلف المشترى ، فإن الحوالة لا تنفسخ . لأن الحوالة تمت بهما فلم ينفسخ بأحدهما . هذا إذا كان الرد بغير مدة الخيار

فأما اذا كان الرد فى مدة الخيار فإن البيع ينفسخ بأحدهما : هذا اذا كان الرد بغير مـدة الخيار . فأما إذا كان الرد فى مدة الخيار فإن البيع ينفسخ والحوالة تبطل وجها واحداً . سواء كان قبل القبض أو بعـــده . لأن البيع لا يلزم قبل انقضاء الخيار . وإذا لم يلزم لم تلزم الحوالة لأنها متعلقة بالثمن ، هكذا ذكره الشيخ أبو حامد ، وهذا يدل من قوله ان الحوالة بالثمن فى مدة الخيار تصح ، وقد مضى فيها وجهان

(فرع) وإن أحال الزوج زوجته بالمهر ثم ارتدت قبل الدخول ، أو وجد أحدهما بالآخر عيبا ففسخ النكاح . فان كان ذلك بعد أن قبضت المرأة مال الحوالة لم تبطل الحوالة ، وان كان ذلك قبل القبض فعلى الخلاف المذكور فى البيوع

(فرع) وإن أحال البائع رجلا بالثمن على المشترى ثم وجد المشترى بالمبيع عيبا فرده لم تنفسخ الحواله وجها واحدا ، لأنه تعلق بالحوالة حق غير المتعاقدين وهو الأجنبي فلم يبطل حقه بغير رضاه . وهكذا لو أحالت الزوجة بمهرها على

الزوج رجلا ثم ارتدت قبل الدخول لم تبطل الحواله ، لأنه تعلق بالحواله حق أجنبي وهو المحتال فلا يبطل من غير رضاه ، والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى

﴿ فصل ﴾ وإن أحال البائع على المشترى رجلا بألف ثم اتفقا على أن العبد كان حراً فإن كذبهما المحتال لم تبطل الحواله ، كما لو اشترى عبدا وباعه ثم اتفق البائع والمشترى أنه كان حراً فإن أقاما على ذلك بينة لم تسمع لأنهما كذبا البينه بدخولهما فى البيع . وان صدقهما المحتال بطلت الحواله لأنه ثبتت الحرية وسقط الثمن فبطلت الحواله

(الشرح) الاحكام : ولو اشترى رجل من رجل عبداً بألف ثم أحال البائع رجلا له ألف على المشترى ثم صادف البائع والمشترى أن العبد كان حراً وقت البيع فان صدقهما المحتال على حريه العبد وقت البيع وأن الحواله وقعت بالثمن حكم ببطلان الحواله وكان للمحتال أن يطالب البائع بما له عليه لأن الحواله وقعت بالثمن وقد صدقهما أنه لا ثمن للبائع على المشترى . وان كذبهما المحتال ولم يكن هناك بينه فالقول قول المحتال مع يمينه لأن الحواله تمت بالمحيل والمحتال فلا يتحلل إلا بهما . كما أن البيع لما تم بالبيع والمشترى لا ينفسخ البيع الا بهما . ولأنه قد تعلق بالثمن حق غير المتعاقدين فلا يبطل حقه بقول المتبايعين كما لو اشترى عبداً فقبضه وباعه من آخر ثم اتفق المتبايعان الاولان أن العبد كان حرا فإنهما لا يحيلا على المبتاع الثانى . فاذا حلف المحتال قبض المال من المشترى . وهل يرجع المشترى على البائع بذلك . فيه وجهان

قال صاحب الفروع يرجع عليه . لأن المشترى قضى عن البائع دينه باذنه فرجع عليه

وقال الطبرى فى العدة ، لا يرجع عليه لأن المشترى يقر أن المحتال ظلمه بأخذ ذلك منه فلا يرجع به على غير من ظلمه . وان أقام البائع والمشترى بينه فهل تسمع . فيه وجهان

قال الشيخ أبو إسحاق : لا تسمع ، لأنهما كذبا البينة بدخولهما فى البيع ، وقال الشيخ أبو حامد وصاحب الفروع : إن شهدت البينة أن العبد حر الاصل ، وأن الحوالة وقعت بالثمن أو شهدت بأنه حر الأصل وأقر المحتال بأن الحوالة وقعت بالثمن بطلب الحواله ، لأنه إذا ثبت أنه حر تبينا أنه لم يتعلق بذمة المشترى شىء فحكم ببطلان الحوالة ، وإن أقام العبد بينة بحريته ، قال ابن الصباغ تثبت حريته وبطلت الحواله ، ولم يذكر له وجها والذى يقتضى المذهب أن الحوالة لا تبطل بذلك ، لأن العبد يحكم بحريته بتصادق البائع والمشترى ، ولا تبطل الحوالة بذلك فكذلك إذا أقام العبد بينة ، ولأن المتبايعين إذا كانا مقرين بحريته فلا حاجة به إلى إقامة البينة فلا تبطل الحوالة بإقامته البينة .

وإن صدقهما المحتال أنه كان حراً وادعى أن الحوالة وقعت بغير الثمن وقالا بل وقعت بالثمن أو أقاما البينة أن العبد كان حرا ، ولم يذكر البينة أن الحوالة وقعت بالثمن ، فالقول قول المحتال مع يمينه ، لأنهما يدعيان ما يفسدها ، والأصل صحتها . قال الشيخ أبو حامد : ويحلف على العلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى .

(فصل) إذا أحال رجل رجلا له عليه دين على رجل له عليه دين ثم اختلفا فقال المحيل وكلتك ، وقال المحتال : بل أحلتنى نظرت ، فان اختلفا فى اللفظ فقال المحيل : وكلتك بلفظ الوكالة ، وقال المحتال : بل أحلتنى ؛ بلفظ الحوالة ، فالقول قول المحيل ، لأنهما اختلفا فى لفظه ، فكان القول فيه قوله ، وإن اتفقا على لفظ الحواله ثم اختلفا فقال المحيل وكلتك ، وقال المحتال : بل أحلتنى ففيه وجهان .

قال أبو العباس : القول قول المحتال ، لأن اللفظ يشهد له . ومن أصحابنا من قال : القول قول المحيل ، وهو قول المزنى ، لأنه يدعى بقاء الحق فى الذمة والمحتال يدعى انتقال الحق من الذمة ، والأصل بقاء الحق فى الذمة .

فإن قلنا : بقول أبى العباس ، وحلف المحتال ثبتت الحوالة وبرىء المحيل وثبتت له مطالبة المحال عليه ، وإن قلنا بقول المزنى لحلف المحيل ثبتت الوكالة

فإن لم يقبض المال انعزل عن الوكالة بانكاره فان كان قد قبض المال أخذه المحيل وهل يرجع هو على المحيل بدينه ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) لا يرجع ، لأنه أقر ببراءة ذمته من دينه .

(والثانى) له أن يرجع لأنه يقول : إن كنت محتالا فقد استرجع منى ماأخذته بحكم الحوالة ، وإن كنت وكيلا لحقى باق فى ذمته فيجب أن يعطينى ، وإن هلك فى يده لم يكن للمحيل الرجوع عليه ، لأنه يقر بأن ماله تلف فى يد وكيله من غير عدوان ، وليس للمحتال أن يطالب المحيل بحقه لأنه يقر بأنه استوفى حقه وتلف عنده . وان قال المحيل : أحلتك ، وقال المحتال بل وكلتنى ، فقد قال أبو العباس القول قول المحيل ؛ لأن اللفظ يشهد له .

وقال المزنى : القول قول المحتال ، لأنه يدعى بقاء دينه فى ذمة المحيل ، والأصل بقاؤه فى ذمته . فان قلنا بقول أبى العباس فحلف المحيل برىء من دين المحتال ، وللمحتال مطالبة المحال عليه بالدين ، لأنه إن كان محتالا فله مطالبته بمال الحوالة ، وإن كان وكيلا فله المطالبة بحكم الوكالة ، فاذا قبض المال صرف اليه ، لأن المحيل يقول : هو له بحكم الحوالة ، والمحتال يقول . هو لى فيما لى عليه من الدين الذى لم يوصلنى اليه .

وإن قلنا بقول المزنى وحلف المحتال ؛ ثبت أنه وكيل ، فان لم يقبض المال كان له مطالبة المحيل بماله فى ذمته ، وهل يرجع المحيل على المحال عليه بشىء فيه وجهان .

(أحدهما) لا يرجع ، لأنه مقر بأن المال صار للمحتال .

(والثانى) يرجع ، لأنه إن كان وكيلا فدينه ثابت فى ذمة المحال عليه وان كان محتالا فقد قبض المحتال المال منه ظلما ، وهو مقر بأن مافى ذمة المحال عليه للمحتال ، فكان له قبضه عوضاً عما أخذه منه ظلما فان كان قد قبض المال فان كان باقيا صرف اليه ، لأنه قبضه بحوالة فهو له ، وإن قبضه بوكالة فله أن يأخذه عما له فى ذمة المحيل . وان كان تالفاً نظرت ، فان تلف بتفريط لزمه ضمانه ، وثبت للمحيل عليه مثل ما ثبت له فى ذمته فتقاصا ، وان تلف من غير تفريط

لم يلزمه الضمان ، لأنه وكيل ، ويرجع على المحيل بدينه ، ويبرأ المحال عليه ، لانه إن كان محتالا فقد وفاه حقه وإن كان وكيلا فقد دفع اليه .

(الشرح) الأحكام : قال أبو العباس بن سريج : إذا كان لرجل عند رجل ألف فقال من له الدين لرجل لا شيء له عليه ، أحلتك على فلان بألف ، فهذا توكيل منه فى القبض ، وليس بحوالة ، لأن الحوالة إنما تكون عمن له حق ، ولا حق للمحتال ههنا فثبت أن ذلك توكيل .

وإن كان لزيد على عمرو ألف درهم ولعمرو على خالد ألف ، فاختلف زيد وعمرو ، فقال زيد . أحلتنى بالألف التى عليك لى بالألف التى لك على خالد بلفظ الحوالة . وقال عمرو . بل وكلتك بأن يقبضها لى منه بلفظ الوكالة ، فالقول قول عمرو لأنهما اختلفا فى لفظه ، وهو أعلم بلفظه ، ولأنه قد ثبت استحقاق عمرو الألف فى ذمة خالد ، وزيد يدعى أن ملكها قد انتقل اليه بالحوالة ، والأصل بقاء ملك عمرو عليها ، وعدم ملك زيد .

فإن قال عمرو لزيد . أحلتك على خالد بالألف التى لى عليه ، فقبل زيد ثم اختلفا فقال عمرو وكلتك لتقبضها لى منه . ومعنى قولى أحلتك أى سلطتك عليه وقال زيد . بل أحلتنى عليه بدينى الذى لى عليك ، فاختلف أصحابنا فقال المزنى . القول قول المحيل وهو عمرو .

وقال الشيخ أبو حامد والطبرى : وبه قال المصنف وأبو العباس بن سريج وأكثر أصحابنا ، وهو قول أبى حنيفة . لأنهما قد اتفقا على ملك عمرو للألف التى فى ذمة خالد ، واختلفا فى انتقالها إلى زيد وهو المحتال كان القول قول عمرو لان الاصل بقاء ملكه عليها ، وإن كان الظاهر مع زيد ؛ كما لو كان لرجل سيارة فى يد آخر فادعى من هى بيده أن مالكها وهبها منه . وقال المالك . بل أعرتكها فالقول قول المالك .

. وكما لو كانت دار فى يد رجل فادعى رجل أنه ورثها من أبيه أو ابتاعها ، وأقام على ذلك بينة ، وادعى من هى بيده أنها ملكه فإنه يحكم بها لصاحب البينة لانه قد عرف له أصل ملك ، وإن كان الظاهر مع صاحب اليد .

(والوجه الثاني) حكاه المصنف وابن الصباغ عن أبي العباس بن سريج أن القول قول زيد وهو المحتال ، لان اسم الحوالة موضوع لتحويل الحق من ذمة إلى ذمة ، فكان اللفظ يشهد له .

كما لو تنازعا داراً وهي في يد أحدهما فوجهان فذهب بعض أصحابنا إلى أنه لا يرجع عليه ، والثاني له أن يرجع عليه ، لأن المحتال إن كان صادقا فالذى في ذمة المحال عليه يمكنه أخذه عن حقه ، فاذا قلنا يرجع عليه لأن المحتال إن كان صادقا فالذى في ذمة المحال عليه للمحيل : وإن كان المحتال كاذباً فقد استحق المحيل على المحتال ما أخذه منه ظلما ، وللمحتال حق على المحال عليه يمكنه أخذه عن حقه .

فإذا قلنا : يرجع عليه ، فالذى يقتضى المذهب أنه يرجع عليه بأقل الامرين مما أخذ منه المحتال أو الدين الذى على المحال عليه لأنه إن أعطى المحتال أكثر من حقه فلم يستحق الرجوع على المحال عليه بأكثر مما عنده ، وإن أعطى المحتال أقل من حقه فهو يقر أن جميع ما على المحال عليه للمحتال ، وإنما يرجع من ماله بالقدر الذى أخذه منه ، وما زاد عليه يقر به المحتال .

وإن قلنا القول قول المحيل لحلف فبرىء من دين المحتال ، وكان للمحتال مطالبة المحال عليه إما بحكم الحواله أو الوكاله فإذاأخذمنه المال أمسكه بحقه لأن المحيل يقول هو له بحق الحوالة . والمحتال يقول هو للمحيل ولى عليه مثله وهو غير قادر على حقه من جهة المحيل ، فكان له أخذه .

(مسألة) اذا كان لزيد على عمرو ألف درهم . ولخالد على زيد ألف درهم فجاء خالد إلى عمرو وقال قد أحالنى زيد بالالف التى عليك له فان صدقه وجب عليه دفع المال اليه . ثم ينظر فى زيد فان صدقه فلا كلام . وإن كذبه كان القول قوله مع يمينه ، لأن الأصل عدم الحوالة . فاذا حلف رجع زيد بالألف على عمرو ، ولا يرجع خالد على زيد بشيء ، لأنه إن كان قد قبض حقه من عمرو فقد استوفى ، وإن لم يقبضه فله أن يطالبه بحقه ، لانهما متصادقان على الحوالة .

وان كذب عمرو خالداً ولا بينة فالقول قول عمرو مع يمينه . لأن الاصل

عدم الحوالة ، فاذا حلف سقطت دعوى خالد ، ولم يكن لخالد الرجوع على زيد بشيء ، لانه يقر أن ذمته قد برئت من حقه ، ثم ينظر في زيد فان كذب خالداً كان له مطالبة عمرو بدينه ، وإن صدق خالدا ففيه وجهان .

قال عامة أصحابنا : يبرأ من دين زيد لأنه قد أقر بذلك . وقال ابن الصباغ إذا قلنا : ليس من شرط الحوالة رضا المحال عليه ، فان الحوالة تثبت بتصادق المحيل والمحتال .

(فرع) إذا كان لرجل على رجل ألف درهم فطالبه بها فقال من عليه الدين أحلت بها على فلان الغائب ، فأنكر المحيل فالقول قوله مع يمينه ، لان الاصل عدم الحوالة ، فان أقام من عليه الدين بينة بالحوالة .

قال ابن الصباغ : سمعت البينة لإسقاط حق المحيل عليه ، ولا يثبت بها الحق للغائب ، لأن الغائب لا يقضى له بالبينة ، فاذا قدم الغائب وادعى فانما يدعى على المحال عليه دون المحيل وهو مقر له بذلك فلا يحتاج إلى إقامة البينه ولو ادعى رجل على رجل أنه أحاله على فلان الغائب ، وأنكر المدعى عليه فالقول قوله مع يمينه . وان أقام المدعى بينة ثبتت في حق الغائب ، لان البينة يقضى بها على الغائب ، فان شهد للمحتال ابناه لم تقبل شهادتهما لأنهما يشهدان لأبيهما ، وان شهد له ابنا المحال عليه أو ابنا المحيل قبلت شهادتهما ، لأنهما يشهدان على أبيهما ، والله تبارك وتعالى أعلم .

تمّ الجزء الثالث عشر ويليه الجزء الرابع عشر
وأوله كتاب الضمان

﴿ فهرس الجزء الثالث عشر من المجموع ﴾

٤٢٧ واختلاف أصحابنا فى جنس المال الذى تجوز به الحوالة ، ولا تجوز الا بمال
معلوم ٤٠٩ ولا تجوز إلا أن يكون الحقان متساويان

٤٣٠ ولا تجوز الحوالة إلا على من له عليه دين . ولا تجوز الحوالة من غير
رضا صاحب الحق . إذا أحال بالدين انتقل الحق الى المحال عليه

٤٣٤ إذا أحاله على ملىء فأفلس . وان اشترى رجل من رجل بألف وأحاله على
رجل به ثم وجد بالمبيع عيبا فرده